

**Der Bedeutungswandel als
juristisches Argument in der
staatskirchenrechtlichen
Literatur nach 1949**

**Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster**

vorgelegt von
Friedrich Gerhard Schwegmann
aus Melle

1972

Münster 1974

**Der Bedeutungswandel als
juristisches Argument in der
staatskirchenrechtlichen
Literatur nach 1949**

**Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster**

vorgelegt von

Friedrich Gerhard Schwegmann
aus Melle

Münster 1974



Erster Berichterstatter:	Prof.Dr.Menger
Zweiter Berichterstatter:	Prof.Dr.Dreier
Dekan	: Prof.Dr.Wessels
Tag der mündlichen Prüfung	: 13.11.1972

Inhaltsübersicht

	<u>Seite</u>
Einleitung	1
I. Grund der Untersuchung	1
II. Begrenzung der Untersuchung	8
1. Teil: Die Entwicklung des Verhältnisses zwischen Staat und Kirche nach 1945	9
I. Das kirchenpolitische System der Weimarer Reichsverfassung	9
II. Die Ausdeutung des Rechtsverhältnisses zwischen Staat und Kirche unter dem Grundgesetz	13
III. Die Gründe für die Entstehung und Verbreitung der Koordinationslehre nach 1945	18
1. Die Veränderungen auf seiten des Staates	18
2. Die Veränderungen auf seiten der Kirchen	20
a. Der politische Machtzuwachs	20
b. Das neue Selbstverständnis der evangelischen Kirche	20
IV. Der rechtliche Ausgangspunkt der staatskirchenrechtlichen Literatur	23
1. Die Auflösungstendenzen im Staats- kirchenrecht	24
a. Der soziologische Ansatz Werner Webers	25
b. Der theologische Ansatz Hans Peters'	26
2. Die Auswirkungen der Auflösungs- tendenzen	27

2. Teil: Die Begriffsbestimmung des Bedeutungswandels in Literatur und Rechtsprechung	30
I. Der Bedeutungswandel im allgemeinen rechtswissenschaftlichen Sprachgebrauch	31
1. Der Bedeutungswandel von Rechtsideen	31
2. Der Bedeutungswandel von Rechtsnormen	32
II. Der Bedeutungswandel im staatskirchenrechtlichen Schrifttum	37
1. Die Begriffsbestimmung Konrad Hesses	37
2. Die Begriffsbestimmung in der übrigen Literatur	37
3. Teil: Analyse des Arguments vom Bedeutungswandel der inkorporierten Weimarer Kirchenartikel	40
I. Bedeutungswandel durch die Inkorporation der Art. 136 ff. WRV ins Grundgesetz	40
1. Die Bewertung des Art. 140 GG in Literatur und Rechtsprechung	40
2. Die Bedeutung der Inkorporation für die Auslegung der Art. 136 ff. WRV	42
II. Bedeutungswandel durch die nach 1949 geschlossenen Kirchenverträge	46
1. Der Inhalt der Verträge und seine Würdigung durch das staatskirchenrechtliche Schrifttum	46
2. Die rechtliche Bewertung der Kirchenverträge	50
a. Die rechtliche Tragweite der Normierungen	50
b. Die juristische Verwertbarkeit der Präambeln	53
c. Die Bedeutung der Tatsache des Vertragsschlusses	55
d. Die Unterordnung der Kirchenverträge unter die Verfassung	56

III. Bedeutungswandel durch den Kirchenkampf und das gewandelte kirchliche Selbstverständnis	58
1. Die Folgerungen der Literatur	58
2. Die rechtliche Beachtlichkeit von Kirchenkampf und kirchlichem Selbstverständnis	60
a. Die Bedeutung der Ereignisse vor Erlaß des Grundgesetzes für die Auslegung	60
b. Die Berücksichtigung des kirchlichen Selbstverständnisses	61
IV. Bedeutungswandel durch die Geltungsfortbildung des Art. 137 WRV	64
1. Der methodische Ansatz Konrad Hesses	64
2. Kritik des Auslegungsverfahrens	66
V. Bedeutungswandel durch ungeschriebenes vorstaatliches Recht	69
1. Mikats Auffassung vom Einwirken ungeschriebenen vorstaatlichen Rechts auf das Staat-Kirche-Verhältnis	69
2. Die Einflußmöglichkeiten ungeschriebenen vorstaatlichen Rechts auf das Staatskirchenrecht	70
a. Die Bedeutung fundamentaler Rechtsgrundsätze	72
b. Das Naturrecht als Rechtsquelle	73
c. Das Naturrecht als Auslegungsmittel	75
d. Die Kirche als Kündlerin des ius divinum	75
VI. Bedeutungswandel durch die Bildung von Verfassungsgewohnheitsrecht	78
1. Die staatskirchenrechtliche Entwicklung nach 1945 in der Sicht der Literatur	78

	<u>Seite</u>
2. Das Gewohnheitsrecht als Verfassungsrechtsquelle	80
a. Die derogierende Kraft des Verfassungsgewohnheitsrechts	80
b. Die Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts	84
VII. Bedeutungswandel durch die Verfassungswirklichkeit	87
1. Die Folgerungen der staatskirchenrechtlichen Literatur aus der Verfassungswirklichkeit	87
2. Die Verfassungswirklichkeit als Rechtsquelle	90
a. Die Lehre von der "normativen Kraft des Faktischen"	90
b. Die "Verfassungswirklichkeit" in der Verfassungslehre	91
c. Kritik der Überhöhung des Spannungsverhältnisses von rechtlicher und wirklicher Verfassung durch den Dualismus von Sollen und Sein	93
d. Der normative Gehalt der Verfassungswirklichkeit	96
e. Das Rangverhältnis zwischen dem rechtlichen und politischen Normensystem	99
Ergebnis	107

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	Bonner Kommentar
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
Diss.	Dissertation
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des davor genannten Gerichts
EvStL	Evangelisches Staatslexikon. Hrsg. v. Hermann Kunst und Siegfried Grundmann iVm. Wilhelm Schneemelcher und Roman Herzog. Stuttgart und Berlin 1966
FN	Fußnote
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949
GVBl.	Gesetz- und Ordnungsblatt
HdSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften. Hrsg.v. Erwin v. Beckerath u.a. Stuttgart, Tübingen und Göttingen seit 1956
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg., hrsg.	Herausgeber, herausgegeben
iVm.	in Verbindung mit
Jahrbuch f. Rechtssoziologie	Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie. Hrsg. v. Werner Maihofer und Helmut Schelsky iVm. Erich Fechner u.a. Band 1, Bielefeld 1970
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge seit 1951

JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
mwN.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Niedersächsischer Kirchenvertrag (Loccumer Vertrag)
ÖAK	Österreichisches Archiv für Kirchenrecht
RGG	Die Religion in Geschichte und Gegenwart, Handwörterbuch für Theologie und Religionswissenschaft, 3.Aufl., Tübingen 1957 - 1962
RN	Randnummer
s.	siehe
StL	Staatslexikon für Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, hrsg. von der Görres- Gesellschaft 6.Aufl., Freiburg seit 1957
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WRV	Die Verfassung des Deutschen Reiches (Weimarer Verfassung) vom 11.August 1919
ZevKR	Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht
ZgesStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

Literaturverzeichnis

Werke, die nur vereinzelt zitiert werden, sind in den Textanmerkungen näher bezeichnet.

- | | |
|--------------------------------|---|
| Albrecht, Alfred | Koordination von Staat
und Kirche in der Demokratie
Freiburg-Basel-Wien 1965 |
| Anschütz, Gerhard | Die Verfassung des Deutschen
Reiches vom 11. August 1919
Darmstadt 1960
(Unveränderter Nachdruck der
14. Aufl., Berlin 1933)
(zit.: WRV) |
| Bachof, Otto | Verfassungswidrige Verfassungs-
normen?
Recht und Staat, Heft 163/64
Tübingen 1951 |
| Badura, Peter | Art. "Verfassung"
in: Evangelisches Staatslexikon
Sp. 2343 ff.
Stuttgart-Berlin 1966 |
| Bauer, Joachim | Das Verhältnis von Staat und
Kirche im Land Nordrhein-
Westfalen
Diss. jur. Münster 1968 |
| Böckenförde,
Ernst-Wolfgang | Besprechung zu Konrad Hesse:
Die normative Kraft der Ver-
fassung, 1959
in: ZgesStW 118 (1962),
S. 172 ff. |
| Bonner Kommentar | Kommentar zum Bonner Grundge-
setz, hrsg. von Bodo Dennewitz
u. a.
Hamburg 1950 ff.
(zit.: BK) |
| Bredt, Johann Victor | Neues evangelisches Kirchen-
recht für Preußen
Bd. 1, Berlin 1921
Bd. 2, Berlin 1922 |

- von Campenhausen, Axel Besprechung zu Hermann Weber:
Die Religionsgesellschaften
als Körperschaften des öffentlichen Rechts im System des
Grundgesetzes
ZevKR 13 (1967/68), S.211 ff.
- Conrad, Wolfgang Der Öffentlichkeitsauftrag
der Kirche
Göttingen 1964
(Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien Bd.52)
(zit.: Öffentlichkeitsauftrag)
- Denninger, Erhard Besprechung zu Friedrich
Müller:
Normstruktur und Normativität,
1966
in: AöR 94 (1969), S.333 ff.
- Ebers, Godehard Josef Staat und Kirche im neuen
Deutschland
München 1930
(zit.: Staat und Kirche)
- - Art.137, 138, 140, 141:
Religionsgesellschaften
in: Nipperdey, Hans Carl, Die
Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung.
Kommentar zum zweiten Teil
der Reichsverfassung, Bd.II
Berlin 1930, S.361 ff.
(zit.: Religionsgesellschaften)
- Enneccerus, Ludwig -
Nipperdey, Hans Carl Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
15.Aufl., 1.Halbband
Tübingen 1959
- Esser, Josef Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts
2.Aufl., Tübingen 1964
- Forsthoff, Ernst Die Umbildung des Verfassungsgesetzes
in: Festschrift für Carl Schmitt
Berlin 1959, S.35 ff.

Häberle, Peter

Anm. zum Beschluß des BVerfG v.
4.10.1965
in: DVBl. 1966, S. 216 ff.

- -

"Gemeinrechtliche" Gemeinsamkeiten in der Rechtsprechung staatlicher und kirchlicher Gerichte?
Die Bindung an das Gesetz und das richterliche Prüfungsrecht
JZ 1966, S. 384 ff.

Heckel, Martin

Zur Entwicklung des deutschen Staatskirchenrechts von der Reformation bis zur Schwelle der Weimarer Verfassung
ZevKR 12 (1966/67), S. 1 ff.

- -

Die Kirchen unter dem Grundgesetz
in: VVDStRL 26 (1968), S. 5 ff.
Berlin 1968

Henkel, Heinrich

Einführung in die Rechtsphilosophie
München und Berlin 1964
(zit.: Rechtsphilosophie)

Hennis, Wilhelm

Verfassung und Verfassungswirklichkeit
Recht und Staat, Heft 373/374
Tübingen 1968

Hesse, Konrad

Schematische Parität der Religionsgesellschaften nach dem GG
in: ZevKR 3 (1953/54), S. 188 ff.

- -

Das neue Bauplanungsrecht und die Kirchen
Zur Auslegung des Art. 138 Abs. 2 RV
in: ZevKR 5 (1956), S. 62 ff.

- -

Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich
Göttingen 1956
(zit.: Rechtsschutz)

- Hesse, Konrad Staatskirchenrechtliche Voreiligkeiten?
in: ZevKR 6 (1957/58), S.177 ff.
- - Die normative Kraft der Verfassung.
Recht und Staat, Heft 222
Tübingen 1959
- - Die Entwicklung des Staatskirchenrechts seit 1945
in: JöR 10 (1961), S.3 ff.
- - Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes
in: Staatsverfassung und Kirchenordnung,
Festgabe für Rudolf Smend
S. 71 ff.
Tübingen 1962
- - Freie Kirche im demokratischen Gemeinwesen. Zur Gegenwartslage des Verhältnisses von Staat und Kirche in der Bundesrepublik
in: ZevKR 11 (1964/65), S.337 ff.
= Quaritsch/Weber (Hrsg.),
S.334 ff.
- - Art. "Kirche und Staat"
in: Evangelisches Staatslexikon
Sp. 904 ff.
Stuttgart-Berlin 1966
- - Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland
6.Aufl., Karlsruhe 1973
(zit.: Grundzüge)
- Hollerbach, Alexander Verträge zwischen Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland
Frankfurt a.M. 1965
(zit.: Verträge)

- Hollerbach, Alexander Das Staatskirchenrecht in der
Rechtsprechung des Bundesverfas-
sungsgerichts
in: AÖR 92 (1967), S. 99 ff.
= Quaritsch/Weber S. 401 ff.
- - Die Kirchen unter dem Grundgesetz
in: VVDStRL 26 (1968), S.
Berlin 1968
- Holtkotten, Hans Erläuterungen zu Art. 140 GG
(Erstbearbeitung)
in: Bonner Kommentar,
1. Aufl., Hamburg 1950 ff.
- Hsü Dau-Lin Die Verfassungswandlung
Berlin und Leipzig 1932
- Huber, Hans Probleme des ungeschriebenen Ver-
fassungsrechts
in: Rechtsquellenprobleme im
schweizerischen Recht
Festgabe für den Schweizeri-
schen Juristenverein
Bern 1955, S. 95 ff.
- Huwar, Gerhard Der Erlaß von Rechts- und Verwal-
tungsverordnungen durch den Bun-
despräsidenten
Berlin 1967
- Jellinek, Georg Allgemeine Staatslehre
Nachdruck der 3. Aufl.
Bad Homburg v.d.H. 1960
- Kägi, Werner Die Verfassung als rechtliche
Grundordnung des Staates
Zürich 1945
(zit.: Grundordnung)
- Kahl, Wilhelm Lehrsystem des Kirchenrechts und
der Kirchenpolitik
1. Hälfte
Freiburg und Leipzig 1894

- Kelsen, Hans Allgemeine Staatslehre
Nachdruck der 1. Aufl. von 1925
Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1966
- Klein, Friedrich Von der föderativen zur stärker
unitarischen Gestaltung des Finanzwesens in der Bundesrepublik
Deutschland
in: Festschrift für Friedrich Giese, S. 61 ff.
Frankfurt/Main 1953
- - Die Verfassungswidrigkeit der
Erhebung einer Ortskirchensteuer von juristischen Personen (Kirchenbausteuer) im Gebiet des
ehemaligen Landes Baden
Rechtsgutachten 1954
(zit.: Rechtsgutachten)
- König, René Das Recht im Zusammenhang der
sozialen Normensysteme
in: Ernst F. Hirsch/Manfred Rehbinder (Hrsg.),
Studien und Materialien zur
Rechtssoziologie
Sonderheft 11 der Kölner Zeitschrift für Soziologie und
Sozialpsychologie
Köln-Opladen 1967, S. 36 ff.
(zit.: Rechtssoziologie)
- Köttgen, Arnold Kirche im Spiegel deutscher
Staatsverfassung der Nachkriegszeit
in: DVBl. 1952, S. 485 ff.
= Quaritsch/Weber (Hrsg.), S. 79 ff.
- Korte, Heinrich Verfassung und Verwaltung des
Landes Niedersachsen
in: JÖR 5 (1956), S. 1 ff.
- Kriele, Martin Theorie der Rechtsgewinnung
Berlin 1967

- Krüger, Herbert Rezension über Konrad Hesse:
Rechtsschutz durch staatliche Ge-
richte im kirchlichen Bereich
in: ZevKR 6 (1957/58), S. 72 ff.
= Quaritsch/Weber (Hrsg.),
S. 139
- - Verfassungsauslegung aus dem Wil-
len des Verfassungsgebers
in: DVBl. 1961, S. 685 ff.
- - Verfassungsänderung und Verfas-
sungsauslegung
in: DÖV 1961, S. 721 ff.
auszugsweise in: Quaritsch/Weber
(Hrsg.), S. 230 ff.
- - Allgemeine Staatslehre
2. Aufl., Stuttgart 1966
- - Sinn und Grenzen der Vereinba-
rungsbefugnis der Tarifvertrags-
parteien
Gutachten für den 46. Deutschen
Juristentag
in: Verhandlungen des 46. Deut-
schen Juristentages
Bd. I, Teil 1
München und Berlin 1966
(zit.: Gutachten)
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissen-
schaft
2. Aufl., Berlin-Heidelberg-New
York 1969
- Leibholz, Gerhard Verfassungsrecht und Verfassungs-
wirklichkeit
in: Das Wesen der Repräsentation
und der Gestaltwandel der
Demokratie im 20. Jahrhun-
dert
3. Aufl., Berlin 1966
S. 249 ff.
(zit.: Repräsentation)

- Leibholz, Gerhard Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit
in: Strukturprobleme der modernen Demokratie
3. Aufl., Karlsruhe 1967
S. 277 ff.
(zit.: Strukturprobleme)
- Lerche, Peter Stil, Methode, Aussicht
Polemische Bemerkungen zum Methodenproblemm
in: DVBl. 1961, 690 ff.
- Link, Christoph Verfassungsrechtliche Fragen zur Aufhebung der "Staatskirche"
in: BayVBl. 1966, S. 297 ff.
- Liver, Peter Der Begriff der Rechtsquellen
in: Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht
Festgabe für den Schweizerischen Juristenverein
Bern 1955, S. 1 ff.
- Luhmann, Niklas Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft
in: Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft
Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie I
(1970), S. 175 ff.
- Maihofer, Werner Die gesellschaftliche Funktion des Rechts
in: Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft
Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie I
(1970), S. 11 ff.
- v. Mangoldt, Hermann Das Bonner Grundgesetz
Berlin und Frankfurt a.M. 1953

v.Mangoldt,Hermann -
Klein,Friedrich

Das Bonner Grundgesetz
2.Aufl., Bd.I
Berlin und Frankfurt a.M.1957
Bd.III, 1.Lieferung 1969

Maunz,Theodor - Dürig,
Günter - Herzog, Roman

Grundgesetz
Kommentar
(Loseblattsammlung)
München 1971

Maunz,Theodor

Deutsches Staatsrecht
19.Aufl., München 1973
(zit.: Staatsrecht)

- -

Verfassungsinhalt und Verfas-
sungswirklichkeit
in: BayVBl. 1969, S.1 ff.

Menger,Christian-
Friedrich

Zum staatlichen Rechtsschutz
gegenüber kirchlichen Rechts-
handlungen
in: MDR 1955, S.512 ff.

- -

Die allgemeinen Grundsätze des
Verwaltungsrechts als Rechts-
quelle
in: Sozialenquete und
Sozialrecht
Festschrift für Walter Bogs
Wiesbaden 1967, S.89 ff.

Meyer-Cording,Ulrich

Die Rechtsnorm
Tübingen 1971

Mikat, Paul

Art. "Kirche und Staat"
in: Staatslexikon
Bd.4, Sp.991 ff.
6.Aufl., Freiburg 1959

- Mikat, Paul Kirchen und Religionsgemeinschaften
in: ~~Bettermann-Nipperdey-Scheuner~~,
Die Grundrechte, Bd.IV,
1.Halbband, S.111 ff.
Berlin 1960
(Zit.:Kirchen)
- - Das Verhältnis von Kirche und
Staat in der Bundesrepublik
Berlin 1964
(Zit.: Verhältnis)
- Müller, Friedrich Normstruktur und Normativität
Berlin 1966
- - Juristische Methodik
Berlin 1971
- Müller, Konrad Der Loeccumer evangelische Kirchen-
vertrag als Spiegel der staats-
kirchenrechtlichen Lage in der
Bundesrepublik
in: DÖV 1955, S.421 ff.
- Obermayer, Klaus Staatskirchenrecht im Wandel
in: DÖV 1967, S.9 ff.
= Quaritsch/Weber (Hrsg.),
S.382 ff.
- Peters, Hans Die Gegenwartslage des Staatskirchen-
rechts
in: VVDStRL 11 (1954), S.177 ff.
Berlin 1954
= Quaritsch/Weber (Hrsg.),
S.88 ff.
- Quaritsch, Helmut Kirchen und Staat. Verfassungs- und
staatsrechtliche Probleme der
staatskirchenrechtlichen Lehre
der Gegenwart
in: Der Staat 1 (1962), S.175 ff.
und S.289 ff.
= Quaritsch/Weber (Hrsg.),
S.265 ff.
- - Neues und Altes über das Verhältnis
von Kirchen und Staat
in: Der Staat 5 (1966), S.451 ff.
= Quaritsch/Weber (Hrsg.), S.358 ff.

- Quaritsch, Helmut Zurück zur juristischen Methode
im Staatskirchenrecht
in: NJW 1967, S.764 ff.
- Quaritsch, Helmut -
Weber, Hermann (Hrsg.) Staat und Kirchen in der Bundes-
republik
Staatskirchenrechtliche Aufsätze
1950 - 1967
Bad Homburg v.d.H. - Berlin -
Zürich 1967
(zit.: Quaritsch/Weber)
- Ridder, Helmut Art. "Kirche und Staat (in Deutsch-
land)"
in: Staatslexikon, Bd.4,
Sp.991 ff. (1020 ff.)
6.Aufl., Freiburg 1959
- Ritter, Ernst-Hasso Die Verfassungswirklichkeit - eine
Rechtsquelle?
in: Der Staat 7 (1968), S.352 ff.
- Ronneberger, Franz Verfassungswirklichkeit als politi-
sches System
in: Der Staat 7 (1968), S.409 ff.
- Rüthers, Bernd Die unbegrenzte Auslegung
Zum Wandel der Privatrechtsordnung
im Nationalsozialismus
Tübingen 1968
- Rümelin, Max Die bindende Kraft des Gewohn-
heitsrechts und ihre Begründung
Tübingen 1929
(zit.: Gewohnheitsrecht)
- Scheffler, Gerhard Staat und Kirche
Die Stellung der Kirche im Staat
nach dem Grundgesetz
2.Auflage, Frankfurt a.M.1973
- Scheuner, Ulrich Auflösung des Staatskirchenrechts?
Zu den Erörterungen der Vereinigung
der deutschen Staatsrechtslehrer
in Marburg am 17.Oktobre 1952
in: ZevKR 2 (1952/53), S.382 ff.

- Scheuner, Ulrich Die staatskirchenrechtliche Tragweite des niedersächsischen Kirchenvertrages von Kloster Loccum
in: ZevKR 6 (1957/58), S. 1 ff.
- - Kirche und Staat in der neueren deutschen Entwicklung
in: ZevKR 7 (1959/60), S. 225 ff.
= Quaritsch/Weber (Hrsg.), S. 156 ff.
- - Art. "Evangelische Kirchenverträge"
in: Staatslexikon, Bd. 3 Sp. 171 ff.
6. Aufl., Freiburg 1959
- - Auseinandersetzungen und Tendenzen im deutschen Staatskirchenrecht
= DÖV 1966, 145 ff.
- Scheven, Dieter Die Bedeutung des Art. 19 Abs. IV des Grundgesetzes für die Anfechtung kirchlicher Verwaltungsakte
in: ZevKR 4 (1955), S. 157 ff.
- Schick, Walter Bonner Grundgesetz und Weimarer Verfassung - heute
in: AÖR 94 (1969), S. 353 ff.
- Schlief, Karl-Eugen Die Entwicklung des Verhältnisses von Staat und Kirche und seine Ausgestaltung im Bonner Grundgesetz.- Geschichte, Entstehungsgeschichte und Auslegung des Art. 140 GG iVm. Art. 137 WRV
Diss. jur. Münster 1961
- Schneider, Pater Prinzipien der Verfassungsinterpretation
in: VVDStRL 20 (1963), S. 1 ff.
Berlin 1963

- Smend, Rudolf Verfassung und Verfassungsrecht
München und Leipzig 1928
= Staatsrechtliche Abhandlungen
und andere Aufsätze
2. Aufl., Berlin 1968, S. 119 ff.
- - Deutsches evangelisches Kirchen-
recht und Ökumene
in: Verantwortung und Zuversicht.
Festgabe für Otto Dibelius,
S. 179 ff.
Gütersloh 1950
- - Staat und Kirche nach dem Bonner
Grundgesetz
in: ZevKR 1 (1951), S. 4 ff.
= R. Smend, Staatskirchenrecht-
liche Abhandlungen
2. Aufl., Berlin 1968, S. 411 ff.
= Quaritsch/Weber (Hrsg.), S. 34 ff.
- - Der Niedersächsische Kirchenver-
trag und das heutige deutsche
Staatskirchenrecht
in: JZ 1956, S. 50 ff.
- - Art. "Integrationslehre"
in: HdSW Bd. 5, S. 299 ff.
Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1956
- Sohm, Rudolph Das Verhältnis von Staat und Kir-
che aus dem Begriff von Staat
und Kirche entwickelt
in: Zeitschrift für Kirchenrecht
XI (1872), S. 157 ff.
- Thieme, Werner Der Vertrag von Kloster Loccum
in: DVBl. 1955, S. 273 ff.
- Wagner, Christa Bonner Grundgesetz und Verfassungs-
gewohnheitsrecht
Diss. jur. München 1963

- Weber, Hermann Die Religionsgemeinschaften als
Körperschaften des öffentlichen
Rechts im System des Grundgesetzes
Berlin 1966
(zit.: Körperschaften)
- - Der Rechtsschutz im kirchlichen
Amtsrecht
in: NJW 1967, 1641 ff.
- - Grundprobleme des Staatskirchen-
rechts
in: JuS 1967, S. 433 ff.
- Weber, Werner Die Gegenwartslage des Staats-
kirchenrechts
in: VVDStRL 11 (1954), S. 153 ff.
Berlin 1954
- - Art. "Staatskirchenrecht"
in: HdSW, Bd. 9, S. 753 ff.
Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1956
- - Spannungen und Kräfte im west-
deutschen Verfassungssystem
2. Aufl., Stuttgart 1958
3. Aufl., Berlin 1970
(zit. nach der 2. Aufl.: Spannun-
gen und Kräfte)
- - (Hrsg.) Die Deutschen Konkordate und Kir-
chenverträge der Gegenwart
Göttingen 1962
(zit.: Konkordate und Kirchen-
verträge)
- Wieacker, Franz Rechtsprechung und Sittengesetz
in: JZ 1961, 337 ff.
- Wolff, Hans Julius Verwaltungsrecht I
8. Aufl., München 1971
(zit.: VerwR I)

Wolff, Hans Julius

Rechtsgrundsätze und verfassungs-
gestaltende Grundentscheidungen
als Rechtsquelle
in: Gedächtnisschrift für Wal-
ter Jellinek

München 1955, S. 33

Zippelius, Reinhold

Kirche und Staat und die Einheit
der Staatsgewalt
in: ZevKR 9 (1962/63), S. 42 ff.
= Quaritsch/Weber (Hrsg.),
S. 311 ff.

E i n l e i t u n g

I. Grund der Untersuchung

Geprägt von den Erlebnissen des Kirchenkampfes unter dem Nationalsozialismus, ging das deutsche Staatskirchenrecht 1949 neue Wege. Obwohl fast alle staatskirchenrechtlichen Bestimmungen der Weimarer Verfassung wörtlich ins Grundgesetz übernommen worden waren, vollzog die Lehre zu Beginn der 50er Jahre eine weitgehende Neuinterpretation dieser Vorschriften. Der Auslegung der Weimarer Staatskirchenrechtslehre und -praxis wurde rigoros der Abschied gegeben: statt Unterordnung der Kirchen unter die Staatsgewalt (Subordination) wurde nun die Partnerschaft zwischen Staat und Kirche (Koordination) gelehrt. Unter Berufung auf einen "Bedeutungswandel" der Weimarer Kirchenartikel forderte die neue Lehre die Freiheit der Kirche vor Eingriffen der Staatsgewalt sowie die Anerkennung der kirchlichen Eigenständigkeit und ihrer Mitverantwortung für das soziale Ganze. Die einseitige Grenzziehungsbefugnis des Staates zwischen kirchlichen und staatlichen Angelegenheiten wurde in Frage gestellt; als einzige angemessene Lösungsmöglichkeit von Streitigkeiten ließ man nur noch die vertragliche Einigung zu. Diese Grundsätze sollten allerdings nur für die traditionellen Großkirchen gelten; nur ihnen wollte man wegen ihrer überragenden historischen und kulturellen Bedeutung eine Sonderstellung einräumen.

Fast unwidersprochen¹ verbreitete sich diese sogenannte

¹ Protest wurde lediglich von Krüger, ZevKR 6, 72 ff. und DÖV 1961, 727 angemeldet; Bedenken äußerte Scheuner, ZevKR 3, 357/58; 6, 9 f.; 7, 264 f.: Zwar sei die staatliche Kirchenhoheit entfallen, aber gleichzeitig eine "gewisse Überordnung" des Staates über die Kirchen bestehen geblieben.

Koordinationslehre und wurde schnell zur herrschenden Lehre¹. 1961 konnte einer ihrer maßgeblichen Förderer feststellen, daß die Beurteilung der Rechtslage im wesentlichen gesichert sei².

Den Weg für diese Neuinterpretation wies Rudolf Smend in einem programmatischen Aufsatz aus dem Jahre 1951³. Aus dem gewandelten Selbstverständnis der Kirchen und der tiefen Schwäche des deutschen Staatsbewußtseins leitete er dort einen "Bedeutungswandel" der inkorporierten Weimarer Kirchenartikel her. Mit unterschiedlicher Akzentuierung und Begründung wurde diese Formel nahezu Allgemeingut von Lehre und Judikatur zum Staatskirchenrecht.

Mit ihrer Hilfe qualifizierten die Anhänger der Koordinationslehre die sich nicht in das Partnerschaftsmodell einfügende Regelung des Art. 140 GG als "Verlegenheitslösung", "bloße Übergangsbestimmung" und "Anachronismus"⁴ ab und verschafften sich so die gewünschte Auslegungsfreiheit, um über die Entscheidung des Verfassungsgebers hinweg der verstärkten politischen Machtposition der Kirchen Rechnung zu tragen⁵.

¹ Zu ihren wichtigsten Repräsentanten zählen Rudolf Smend (ZevKR 1, 4 ff.; JZ 1956, 50 ff.), Johannes Heckel (Festgabe für Erich Kaufmann, Stuttgart und Köln 1950, S. 83 ff.; Festschrift für Rudolf Smend, Göttingen 1952, S. 103 ff.), Konrad Hesse (ZevKR 3, 188 ff.; 6, 72 ff.; Rechtsschutz; JÖR 10, 3 ff.; EvStL, 904 ff.), Werner Weber (VVVDStRL 11, 153 ff.; HdSW IX, 753 ff.), Ulrich Scheuner (ZevKR 6, 1 ff.; ZevKR 7, 225 ff.; StL III, 171 ff.), Hans Peters (VVVDStRL 11, 177 ff.), Siegfried Grundmann (Informationsblatt 1961, 97 ff.; ÖAK 13, 281 ff.; BayVBl. 1962, 33 ff.; JZ 1966, 81 ff.; EvStL, 2378 ff.), Paul Mikat (StL IV, 991 ff.; Kirchen, S. 111 ff.; Verhältnis) und Helmut Ridder (AöR 80 (1955/56), 127 ff.; StL IV, 1020 ff.).

² Hesse, JÖR 10, 29.

³ ZevKR 1, 4 ff.

⁴ S. die Nachweise bei Obermayer, DÖV 1967, 10 FN 2.

⁵ Grundmann, JZ 1966, 81/82 betont ausdrücklich die politischen (im Gegensatz zu den rechtlichen) Ursachen der Neuinterpretation.

Ganz überwiegend zieht dabei die Koordinationslehre aus der unklaren Übergangssituation der Nachkriegszeit ihre weitgehenden rechtlichen Folgerungen, ohne zu prüfen, ob und inwieweit ein Verfassungssatz bei gleichbleibendem Wortlaut überhaupt einen neuen Inhalt annehmen kann.

Dieses Versäumnis ist aus drei Gründen erstaunlich. Zunächst drängt sich bei einem Vergleich der Koordinationslehre mit den kirchenpolitischen Vorschriften des Grundgesetzes die Erkenntnis auf, daß die Neuinterpretation mit der Berechtigung der Annahme eines tiefgreifenden Bedeutungswandels steht und fällt¹. Zum zweiten gewinnen Methodenprobleme gerade in den Fällen besondere Bedeutung, in denen die ausgefahrenen Gleise des herkömmlichen Verfassungsverständnisses verlassen werden. Schließlich ist die Tatsache, daß sich eine mit Wortlaut und Sinn der Verfassung in Widerspruch stehende Praxis bildet, kein dem Staatskirchenrecht spezifisches, sondern ein auf allen Rechtsgebieten zu beobachtendes Phänomen².

Ob und unter welchen Voraussetzungen eine Vorschrift in diesen Fällen eine neue Bedeutung erlangen kann, ist alles andere als unstreitig³.

¹ Ebenso H.Weber, Körperschaften, S.25.

² Kelsen, Staatslehre, S.254.

³ Zur bunten Kontroverse in der Weimarer Literatur über diesen Fragenkreis vgl. die umfangreiche Monographie von Hsü Dau-Lin, Die Verfassungswandlung. Unter dem GG gewinnt die Diskussion neue Aspekte dadurch hinzu, daß zahlreiche Autoren jede Verfassungsänderung außerhalb des förmlichen Gesetzgebungsverfahrens durch Art.79 Abs.1 S.1 für ausgeschlossen halten; vgl.Klein, Giese-Festschrift, S.117 f. und v.Mangoldt-Klein, Art.79 Anm.III 2 mit zahlreichen Nachweisen.

Wenn gleichwohl in der Staatskirchenrechtslehre der 50er Jahre - von einer Ausnahme abgesehen - kritische Reflexionen über Methodenfragen ausgeblieben sind, so kennzeichnet das die eigenartige Isolation, in die das Staatskirchenrecht in der Nachkriegszeit geraten ist¹.

Neben dieser Absonderung von der allgemeinen Verfassungstheorie ist es wohl ebensosehr der weitgehenden weltanschaulich-ideologischen Übereinstimmung in den kirchenpolitischen Zielvorstellungen zuzuschreiben, daß man sich fast anderthalb Jahrzehnte über die Ungeklärtheit der einschlägigen methodischen Grundfragen hinwegtäuschte².

Seit etwa Mitte der sechziger Jahre formiert sich eine Gegenbewegung zur Koordinationslehre und verschafft sich zunehmend mit zwei Bedenken Gehör: der Unbeschränkbarkeit staatlicher Souveränität und der Einheit der Staatsgewalt³. Die Vertreter dieser neuen kritischen

¹ Auf der Marburger Staatsrechtslehrertagung 1952 stellte Werner Weber (VVDStRL 11, 153) fest, daß die staatskirchenrechtlichen Probleme aus der aktuellen Diskussion und das Staatskirchenrecht als Ganzes aus den Bereichen akademischen Interesses nahezu verschwunden seien. Im weiteren Verlauf der 50er Jahre wurden die Verbindungslinien zur allgemeinen Verfassungstheorie kaum gefestigt. Noch auf der Frankfurter Staatsrechtslehrertagung 1967 hielt Hollerbach es für angebracht, zu Beginn seines Referates "Die Kirchen unter dem Grundgesetz" zunächst Basis und Rahmen der Untersuchung zu bestimmen, "um von vornherein einer Auswanderung des Staat-Kirche-Problems aus dem Ganzen der Verfassung den Weg abzuschneiden".

² Scheuner, DÖV 1966, 145.

³ Neben Krüger vor allem Quaritsch (Der Staat 1962, 175 ff. u. 189 ff.; 1966, 451 ff.; Hamburger Festschrift für Friedrich Schack, 1966, 125 ff.; NJW 1967, 764 ff.); Fuß (DÖV 1961, 734 ff.); Zippelius (ZevKR 9, 42 ff.); Scheffler (Staat und Kirche, S.62 ff.); H.Weber (Körperschaften, S.17 ff. u.23 ff.; JuS 1967, 433); Obermayer (DÖV 1967, 9 ff.).

Richtung fordern Rückbesinnung auf den Verfassungstext und das Wesen des säkularen Staates. Im Ergebnis bejahen sie die Unterordnung aller Religionsgemeinschaften unter die allgemeine Staatshoheit und nähern sich unter Beachtung der Devisen des GG dem Weimarer Verständnis des Staat-Kirche-Verhältnisses wieder an.

Die Einwände haben - auf dem Hintergrund des beschleunigten Prozesses der Pluralisierung und Säkularisierung unserer Gesellschaft - ihre Wirkung auf die Koordinationslehre nicht verfehlt. Zwar beherrscht sie weiterhin das Feld; aber die "Euphorie" der fünfziger Jahre ist einer verbreiteten Ernüchterung gewichen. Immer mehr Vertreter der herrschenden Lehre gehen dazu über, ihren bisherigen Standpunkt zu überprüfen und vorsichtig zu modifizieren¹.

Zu den deutlich revidierten Positionen gehört die Behauptung, seit Weimar sei ein "grundlegender Bedeutungswandel" der inkorporierten Kirchenartikel eingetreten.

Die Vertreter der "aufgeklärten" Koordinationslehre rücken zunehmend von diesem Argument ab und räumen ausdrücklich oder stillschweigend ein, daß der Sinnwandel nicht in der Weise eingetreten sei, wie man nach 1949 meinte².

¹ Vgl. Hollerbach, VVDStRL 26, 74 u. Obermayer, DÖV 1967, 11 FN 21 mwN. Das geschieht nicht zuletzt unter dem Eindruck der neuen Judikatur des BVerfG seit 1965, in der das Gericht wesentlichen Aussagen der h.L. entgegengetreten ist, vgl. Obermayer, a.a.O., FN 20 u. Hollerbach, AöR 92, 103.

² So vor allem Grundmann, JZ 1967, 194 und Hesse, VVDStRL 26, 137; s. hierzu auch M. Heckel, VVDStRL 26, 22.

Allerdings ist der Meinungsumschwung weniger der Einsicht in die fehlende Tragfestigkeit des methodischen Arguments zu verdanken als dem Bestreben, überkommenen kirchlichen Besitzstand zu wahren. Denn erst von dem Augenblick an suchen die Vertreter der h.L. den Bedeutungswechsel abzuschwächen, seit er mit der Aktivierung der Grundrechte durch die Verfassungsrechtsprechung in eine Richtung zu laufen beginnt, die ihnen höchst unerwünscht ist¹.

Damit droht die Formel, die anderthalb Jahrzehnte zur methodischen Abstützung der Koordinationstheorie gedient hat, aus der staatskirchenrechtlichen Diskussion zu verschwinden, ohne daß bisher klargestellt wäre, worin denn ihr rechtlicher Gehalt besteht². Die vorliegende Untersuchung hält aus zwei Gründen den Versuch für gerechtfertigt, dieser Entwicklung zuvorzukommen: einmal erweist sich das koordinationsrechtliche Gedankengut vor allem in der Rechtsprechung der Zivil- und Verwaltungsgerichte auch heute noch als sehr lebendig³. Vor

¹ Das übersieht H.Weber, JuS 1967, 439.

² So die bis hin zur jüngsten Auflage (1973) seines "Staatsrechts" (S.163) wiederholte Feststellung von Maunz.

³ Noch in jüngster Zeit haben der BGH und das BVerwG die Koordinationstheorie auf dem Felde dienst- und vermögensrechtlicher Streitigkeiten kirchlicher Amtsträger zu ihrer letzten Konsequenz geführt. Nach gemeinsamer Auffassung von BGH Urt.v.199.1966 (BGHZ 46,96 = JZ 1967, S.406 m.Anm. v.Maurer) und BVerwG Urt.v.27.10.1966 (BVerwGE 25,266 = ZBR 1967, S.161 m.abl.Anm. v.Scheven = DVBl.1967, S.729 m.abl.Anm. von v.Campenhausen) sind die staatlichen Gerichte in vermögensrechtlichen Angelegenheiten kirchlicher Amtsträger nur noch kraft kirchlicher Zuweisung zuständig, und zwar nur noch dann, wenn die Kirchen das vom Staat mit § 135 BRGG gemachte Angebot staatlicher Justizgewährung annehmen.

allem aber erzeugt die beträchtliche Zeitspanne nahezu unangefochtener Anerkennung des Arguments bereits feststellbare Fernwirkungen über den Bereich des Staatskirchenrechts hinaus. Erst jüngst hat Herbert Krüger unter Hinweis auf den von der staatskirchenrechtlichen Literatur und Rechtsprechung angenommenen Bedeutungswandel in einem arbeitsrechtlichen Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag vorgeschlagen, die Bestimmung und Aufgaben der Sozialpartner statt aus der Verfassung aus der Verfassungswirklichkeit herzuleiten. Im Staatskirchenrecht habe man ja auch keinerlei Bedenken getragen, ohne theoretische Rechtfertigung aus der Wirklichkeit umstürzende Folgerungen zu ziehen¹.

Diese Äußerung offenbart neben einem gründlichen Gesinnungswandel² (der sich in geradezu ironischer Weise in umgekehrter Richtung zu dem der Koordinationslehre vollzieht) eine nicht ungefährliche Tendenz: das unreflektierte methodische Vorgehen der Koordinationslehre droht künftig immer dann als Eideshelfer bemüht zu werden, wenn es gilt, die Verfassungswirklichkeit gegen den Verfassungswortlaut auszuspielen.

Im folgenden soll versucht werden, Entwicklung, Ausgangspunkt und Standort der Koordinationslehre durchsichtig zu machen, ihre Methode der Verfassungsauslegung herauszuarbeiten und kritisch zu untersuchen, wobei insbesondere der Begriff des Bedeutungswandels aufgehellert und klargestellt werden soll, welche rechtlichen Folgerungen aus ihm zu ziehen sind.

¹ Gutachten S.33.

² Krüger hatte sich als erster energisch gegen die Auslegungsmethode der Koordinationslehre gewandt und ihren Vertretern vorgehalten, sie huldigten dem Satz "ex factis jus oritur", DÖV 1961, 727.

II. Begrenzung der Untersuchung

Das Hauptaugenmerk der Untersuchung richtet sich auf das staatskirchenrechtliche Schrifttum der fünfziger Jahre; ihm steht die führende Rolle bei der Neuinterpretation der kirchenpolitischen Artikel des GG zu; es hat immer wieder eindringlich auf den Bedeutungswandel hingewiesen und ihm schließlich zur Anerkennung verholten¹.

Auf die Rechtsprechung wird nur gelegentlich hinzuweisen sein; ihre Stellungnahmen zum Inhaltswandel der inkorporierten Weimarer Artikel sind nur vereinzelt und ohne eigene Begründung. Das liegt daran, daß es in den fünfziger Jahren wegen der anfänglichen Konzeptionslosigkeit und Schwäche der staatskirchenrechtlichen Praxis kaum zu Streitigkeiten zwischen Staat und Kirche kam und die Gerichte nur selten Gelegenheit erhielten, zu grundsätzlichen Fragen Stellung zu nehmen. Soweit sie angerufen wurden - hauptsächlich wegen des Umfangs der Nachprüfung kirchlicher Entscheidungen durch weltliche Gerichte - fiel überdies ihre Entscheidung in den Grundfragen erstaunlich gegensätzlich aus². Die Formel vom Bedeutungswandel beschreibt mithin nicht das geläufige Phänomen, daß Rechtssätze tatsächlich so gelten, wie sie von der Rechtsprechung angewandt werden. Auf die damit verbundenen vieldiskutierten Fragen nach den Voraussetzungen und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung und ihrer Qualität als Rechtsquelle braucht daher nicht näher eingegangen zu werden³.

¹ Vgl. Hesse, JöR 10, 22.

² Hesse, a.a.O. S. 23.

³ Zu diesem Problemkreis s. Larenz, Methodenlehre, S. 382 ff. und Ralf Dreier, Probleme der Rechtsquellenlehre, in Festschrift für Hans J. Wolff, München 1973, S. 3 ff., beide mwN.

1. T e i l : Die Entwicklung des Verhältnisses
=====
zwischen Staat und Kirche nach 1945
=====

I. Das kirchenpolitische System der Weimarer
Reichsverfassung

Um das Ausmaß zu verdeutlichen, in dem die Koordinationslehre die ins GG übernommenen Kirchenartikel der WRV neu versteht, sei ein kurzer Überblick über die Weimarer Lehre zu diesen Vorschriften vorangestellt. Sie kommt im wesentlichen zu folgenden Ergebnissen:

Mit dem Grundsatz "Es besteht keine Staatskirche" in Verbindung mit dem Selbstbestimmungsrecht der Religionsgesellschaften wird in den Beziehungen zwischen Staat und Kirche das Trennungsprinzip eingeführt. Es richtet sich gegen eine enge Verbindung von Staat und Kirche im Sinne des bis 1918 geübten landesherrlichen Kirchenregiments, das den Landesherrn zum Träger der Regierungsmacht in der evangelischen Landeskirche erhoben hatte¹.

Zugleich wendet sich Art.137 Abs.1 gegen die Landeskirche, die vom Staat begünstigt und gefördert wird und sich im Gegenzug dazu verpflichtet, die christliche Grundlage des Staates zu erhalten und zu entwickeln².

¹ Vgl. Anschütz, WRV, Art. 137 Anm.1 (S.631) und Ebers, Religionsgesellschaften, S.362, beide unter Hinweis auf den Berichterstatter Abgeordneter Dr. Mausbach in der 59. Sitzung der Nationalversammlung vom 17.7.1919 (NV-Stenr. Ber. S.1644).

² Ebers, Staat und Kirche, S.121.

Zwar behalten die Landeskirchen ihre besondere Stellung als Körperschaften des öffentlichen Rechts (Art.137 Abs.5), jedoch können nun auch andere Religionsgesellschaften in die gleiche Rechtsstellung gelangen (Art.137 Abs.5 S.2).

Darin liegt eine Neutralitäts- und Paritätserklärung des Staates gegenüber allen Religionsgesellschaften und Weltanschauungsgemeinschaften¹. Ihnen allen will der Staat religiös neutral und paritätisch gegenübertreten. Die den privatrechtlichen Religionsgesellschaften und sogar den Weltanschauungsgemeinschaften eingeräumte Möglichkeit, die "gleichen Rechte" wie die öffentlich-rechtlichen Körperschaften zu erhalten, wird als eine Meistbegünstigungsklausel gewertet: sind die kleinen Religionsgesellschaften als öffentlich-rechtliche Körperschaften anerkannt, erhalten sie die gleiche bevorrechtigte Stellung im öffentlichen Recht wie die traditionellen Großkirchen². Allerdings fallen unter die öffentlichen Rechte nicht die den Großkirchen herkömmlich zustehenden und verfassungsmäßig garantierten Ehrenrechte und Privilegien³.

¹ Ebers, Religionsgesellschaften, S.363; Bredt, Kirchenrecht II, S.140.

² So vor allem Ebers, Religionsgemeinschaften, S.376 mwN. in FN 32; ders., Staat und Kirche, S.182 f. u.205; a.A. Anschütz, WRV, Art.137 Anm.10 (S.646 f.); der Satz gebiete lediglich die Anerkennung als öffentliche Körperschaft und die Gewährung des in Art.137 Abs.6 garantierten Besteuerungsrechts.

³ So Ebers, Staat und Kirche, S.205; unrichtig Bauer, Diss., S.107, wenn er als Beispiel hierfür das Besteuerungsrecht anführt; gerade das ist durch Art.137 Abs.6 WRV jeder Religionsgesellschaft des öffentlichen Rechts unabdingbar garantiert.

Art. 137 Abs.3 S.1 räumt den Religionsgesellschaften das Recht ein, ihre eigenen Angelegenheiten selbst zu ordnen und zu verwalten. Die Verschiedenheit von Kirche und Staat verbietet jede staatliche Mitwirkung, Einmischung und Bevormundung¹.

Der gegenständliche Umfang des Selbstbestimmungsrechts wird wie zur Zeit der Staatskirchenhoheit festgestellt: die Angelegenheiten werden in eigene, staatliche und gemischte eingeteilt. Im Streitfall entscheidet ein staatliches Gericht in unabhängiger Auslegung des Abs.3 darüber, wie die Angelegenheit einzuordnen ist². Maßgebliches Kriterium ist das Interesse des Staates, das wiederum von der Zweckbestimmung der Angelegenheit abhängt³. Der Staat bestimmt danach grundsätzlich selbst, welche Angelegenheiten gemischte sind, und nimmt diese kraft seiner Souveränität für sich in Anspruch⁴.

Das Selbstbestimmungsrecht wird eingeschränkt durch das "für alle geltende Gesetz" (Art.137 Abs.3 S.1).

Daraus wird zunächst gefolgert, daß die Religionsgesellschaften nur den Gesetzen unterworfen sind, die für jeden, für jedermann gelten⁵: jede kirchliche Spezialge-

¹ Anschütz, WRV, Art.137 Anm.4 (S.634 f.).

² Anschütz, WRV, Art.137 Anm.4 (S.635); die Einteilung der Angelegenheiten ist insbesondere von Kahl, Lehrsystem, S.278 ff., 309 ff., 313 erarbeitet worden; s.hierzu den ausführlichen Überblick bei Schlieff, Diss., S.48 ff.

³ Im Gegensatz zur h.L. bestimmte Ebers, Religionsgesellschaften, S.365 und 389 ff. die eigenen Angelegenheiten materiell, d.h. nach der Zweckbeziehung oder Zweckbestimmung einer Angelegenheit. Es könne nicht maßgeblich sein, was der Staat formell als eigene Angelegenheit bezeichne. Mit Blick auf die Aufgabe der Religionsgesellschaften, die Pflege der Religion, faßte er unter eigene Angelegenheiten alles, was diesem Zweck diene. Durch diese Aufteilung dehnte er das Selbstbestimmungsrecht im Vergleich zur h.L. erheblich aus.

⁴ Kahl, Lehrsystem, S.278 f., 284 f.

⁵ Ebers, Religionsgesellschaften, S.399; Anschütz, WRV, Art.137 Anm.5 (S.636).

gesetzgebung ist unzulässig, wenn dadurch in die Selbstverwaltung eingegriffen wird¹.

Zum anderen wird daraus die Unterordnung der Kirchen unter die Staatsgewalt hergeleitet. Den Religionsgesellschaften steht nicht etwa souveräne Gewalt zu²; sie sind vielmehr innerstaatliche, dem Staate untergeordnete Verbände, kein Staat im Staat³. Wie jedes andere Rechtssubjekt auch sind sie den allgemeinen Gesetzen unterworfen.

Über die aus Art. 137 Abs. 3 gefolgerte, allgemein bejahte Staatskirchenhoheit hinaus wird von der h.L. eine besondere Staatsaufsicht vertreten. Sie wird aus dem Begriff der Körperschaft des öffentlichen Rechts (Art. 137 Abs. 5) hergeleitet und mit der Überlegung begründet, wer Rechte und Privilegien erhalte, müsse sich auch besondere Pflichten gefallen lassen. Für die Kirchen bedeutet das: als Gegengabe für den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts und den damit verbundenen Besitz öffentlicher Machtbefugnisse müssen sie eine gesteigerte Staatsaufsicht hinnehmen (sog. Korrelatentheorie)⁴.

¹ Im übrigen sind formelle Sondergesetze für eine oder mehrere Religionsgesellschaften im Rahmen der Absätze 5 bis 7 zulässig, vgl. Schlieff, Diss., S. 51.

² Anschütz, WRV, Art. 137 Anm. 4 (S. 634/35).

³ Anschütz, a.a.O.; das ist selbst für Ebers, dem großen Gegenspieler der h.L., eine Selbstverständlichkeit, vgl. Religionsgesellschaften, S. 400.

⁴ Vgl. Anschütz, WRV, Art. 137 Anm. 5 (S. 638) mwN. S. 637 FN 3. A.A. vor allem Ebers, Religionsgesellschaften, S. 401 ff. mwN. in FN 157; ders., Staat und Kirche, S. 299 ff. Der Begriff der öffentlich-rechtlichen Körperschaft paßt nach seiner Ansicht nicht auf die Religionsgesellschaften. Die Gewährung der Körperschaftsqualität solle nur formal schützen, was bereits früher das Wesen der öffentlichen Korporationsrechte ausgemacht habe. Die Religionsgesellschaften seien mithin nicht eigentliche öffentlich-rechtliche Körperschaften, sondern würden nur als solche behandelt. Die Gleichstellung habe politische Gründe gehabt; sie sei nur aus der historischen Entwicklung heraus zu verstehen.

II. Die Ausdeutung des Rechtsverhältnisses zwischen Staat und Kirche unter dem Grundgesetz

Nachdem Art.140 GG die Art.136 ff. WRV wörtlich ins Grundgesetz übernommen hatte, wäre eigentlich zu erwarten gewesen, daß Rechtsprechung und Lehre bei der Auslegung dieser Vorschriften an die Weimarer Staatstheorie und -praxis angeknüpft hätten. Denn die "Anleihe" bei der Weimarer Verfassung konnte nur als Ausdruck der politischen Entscheidung des Verfassungsgebers gewertet werden, an dem Weimarer Kirchensystem festzuhalten¹. Natürlich durfte andererseits nicht angenommen werden, mit der Übernahme werde der Weimarer kirchenpolitische Zustand genauso wiederaufleben, wie er von der Weimarer Lehre gesehen worden war². Die Ergebnisse hätten im Lichte des GG sorgfältig überprüft und dort korrigiert werden müssen, wo das Gesamtsystem des GG es verlangte. Auch dort, wo die Auslegung der Weimarer Zeit allzusehr im traditionellen Geist des Staatskirchentums befangen war, wären Korrekturen vorzunehmen gewesen.

Die Lehre der fünfziger Jahre führte jedoch die kirchenpolitischen Erkenntnisse der Weimarer Zeit nicht - modifiziert und korrigiert - weiter, sondern tat sie kurzerhand als "formalistisch", "etatistisch" und "positivistisch" ab³. Sie berief sich auf den "Umsturz der Ver-

¹ Allgemein hierzu Schick, AöR 94, 353 ff. Er geht den unterschiedlichen Formen der Kontinuität zwischen der WRV und dem GG nach und untersucht ihre Bedeutung für die Auslegung im Rahmen der historischen oder "willensjuristisch-subjektiven" Auslegungsmethode.

² So aber Alfred Voigt, Kirchenrecht, Darmstadt 1961, S.225 f., der als einzige rechtserhebliche Änderung die Tatsache konstatiert, daß der Bund heute nicht mehr wie das Reich nach Art.10 WRV eine Gesetzgebungskompetenz hinsichtlich der Religionsgesellschaften besitzt.

³ Hesse, JöR 10,24.

hältnisse": die innen- und außenpolitisch geschwächte Stellung der von der Vergangenheit belasteten Bundesrepublik auf der einen, das gewachsene Selbstvertrauen der Kirchen auf der anderen Seite¹.

Angeichts dieser veränderten Lage wurde im Anschluß an Smend der Schluß gezogen, daß "die wörtlich übernommenen Sätze der Weimarer Verfassung in der Welt der wirklichen Geltung unbeabsichtigt, aber unvermeidlich etwas anderes besagen als früher im Zusammenhang der Weimarer Verfassung"². Die in Art. 140 GG getroffene Entscheidung des Verfassungsgebers wurde als von den Besatzungsmächten interventionistisch beeinflusste, bloße Verlegenheitslösung abgewertet; sie habe weniger die Entscheidung für ein konkretes kirchenpolitisches System zum Inhalt als vielmehr die situationsbedingte Abkehr vom nationalsozialistischen Herrschaftssystem zum Ziel³. Mit diesem Kunstgriff eröffneten sich die Verfassungsinterpreten den Spielraum, um eine weitgehende verfassungsrechtliche Aufwertung der Kirchen vorzunehmen.

Die sich so ohne den Ballast herkömmlicher Interpretationsregeln entwickelnde Lehre bezeichnet sich selbst schlagwortartig als Lehre von der "partnerschaftlichen Gleichordnung" oder "Koordination" von Staat und Kirche⁴.

¹ Staat aller Mikat, Verhältnis, S. 11.

² Smend, ZevKR 1, 11.

³ So z.B. Ridder, StL IV, 1021. Zur Abqualifizierung des Art. 140 GG durch die h.L., der dagegen gerichteten Kritik in der neuen Literatur und der Klarstellung durch das BVerfG s. die Nachweise bei Obermayer, DÖV 1967, 10 FN 2.

⁴ Zu den zahlreichen sprachlichen Varianten s. Obermayer, DÖV 1967, 10 FN 12. Knappe Übersichten über die Koordinationslehre mit jeweils zahlreichen Nachweisen geben aus ihrer Sicht: Ridder, StL IV, 1023 ff.; Mikat, Kirchen, S. 134 ff.; Hesse, JÖR 10, 23 ff.; ders. EvStL, 918 ff.; Kritische Zusammenfassungen finden sich bei Quaritsch, Der Staat 1962, 176 f.; ders.: Der Staat 1966, 451 ff.; H. Weber, Körperschaften, S. 23 ff.; ders.: Jus 1967, 433 ff.; Obermayer, DÖV 1967, 9 ff.

Ihre Positionen, wie sie sich bis zur Mitte der sechziger Jahre der kritischen Sicht von Quaritsch und H.Weber darboten, lassen sich folgendermaßen zusammenfassen:

Kirche und Staat sind einander gleichberechtigt, gleichgeordnet und gleichwertig. Die Kirchen besitzen eine eigene ursprüngliche, vom Staat unabhängige, von ihm aber anerkannte Hoheitsgewalt. Beide stehen sich mithin als "kommensurable, souveräne und darum gleichberechtigte Größen gegenüber"¹. Ihr Verhältnis wird beherrscht vom Prinzip partnerschaftlicher Koordination: Jede Gemeinschaft anerkennt die Höchstzuständigkeit der anderen in ihrem Eigenbereich, beide arbeiten in den gemeinsamen Angelegenheiten freundschaftlich zusammen. Die besondere Kirchenhoheit und Kirchenaufsicht des Staates sind weggefallen². Darüber hinaus sind die Kirchen auch der allgemeinen staatlichen Hoheitsgewalt nicht mehr unterworfen³: sie sind vollständig aus der "virtuellen Allumfassendheit"⁴ des Staates entlassen.

Staatliche Gesetze sind für die Kirchen entweder gar nicht⁵ oder nur noch modifiziert verbindlich: wenn es sich um Normen elementaren Charakters handelt, "die sich

¹ Mikat, Kirchen, S.146; ders.: StL IV, 1006 ff.; Peters, VVDStRL 11, 182.

² Vgl.Hesse, JÖR 10, 25 mwN. in FN 18.

³ Ganz h.M.; s.die Nachweise bei Hesse, JÖR 10,23 FN 9.

⁴ Krüger, ZevKR 6,75.

⁵ Holtkotten, BK, Art.140 Erl.II 3 hält den Passus "innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes" (Art.137 Abs.3 S.1 WRV) für unabwendbar. So auch OVG Berlin, Urt.v.25.2.1953, ZevKR 3, 201 (205). Dem ist die h.M. jedoch nicht gefolgt. Vgl.Mikat, Kirchen, S.175 f.

als Ausprägungen und Regelungen grundsätzlicher, jedem Recht wesentlicher, für unseren sozialen Rechtsstaat unabdingbarer Postulate darstellen"¹ oder wenn und soweit sie von den Kirchen ausdrücklich oder schlüssig als verbindlich angenommen worden sind².

Auch die Grenzziehungsbefugnis des Staates zwischen kirchlichen und staatlichen Angelegenheiten ist entfallen. Im Konfliktfall darf der Staat nicht mehr einseitig entscheiden, sondern steht unter dem Zwang zur Verständigung: es gibt nur noch die Alternative der Einigung oder des Kulturkampfes³.

Die Stellung der Kirchen als "Körperschaften des öffentlichen Rechts" ist nicht mehr als bloßer Sammelbegriff für historisch zufällig überkommene Rechte und Privilegien, sondern als verfassungsmäßige Anerkennung eines sachlich gerechtfertigten öffentlichen Gesamtstatus zu verstehen⁴.

Seinen Ausdruck findet dieser Status insbesondere in der staatlichen Respektierung des "Öffentlichkeitsanspruchs oder -auftrags" der Kirchen⁵. Darunter ist

¹ So BGH Urt.v.17.12.1956, BGHZ 22, 387 f. und die h.L. im Anschluß an Johannes Heckel, Das staatskirchenrechtliche Schrifttum der Jahre 1930 und 1931, Verw.Archiv 37 (1932), S.280 ff. (284): Nur ein Gesetz, das auf das deutsche Volk gemünzt und für seinen Bestand konstitutiv sei, bilde die Grenze der Kirchenfreiheit. "Das für alle geltende Gesetz ist daher ein Gesetz, das im Sinn der Verfassung für den Bestand der Gesamtnation als einer politischen, kulturellen und Rechtsgemeinschaft unentbehrlich ist".

² Hesse, Rechtsschutz, S.75; Ridder, StL IV, 1028.

³ So die verbreitete Formulierung von Hesse, Rechtsschutz, S.76.

⁴ Smend, Zur Gewährung der Rechte einer Körperschaft des öffentlichen Rechts an Religionsgesellschaften gem.Art. 137 WRV, ZevKR 2 (1952/53) S.376; vgl. Hesse, JÖR 10, 25 mwN. in FN 18.

⁵ Ausführlich hierzu Conrad, Öffentlichkeitsauftrag, S.34 ff.

ihr Recht auf Durchdringung des gesamten öffentlichen Lebens mit christlichem Geiste zu verstehen¹, das ungehinderte Wahrnehmen einer politischen, sozialen und mitmenschlichen Verantwortung für die Welt², die freie Ausübung eines "Richteramtes", um den Staat "zur Zeit oder zur Unzeit" zur Ordnung zu rufen³. Diese Grundsätze gelten jedoch nur für die traditionellen Großkirchen⁴. Die übrigen Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts besitzen keine ursprüngliche Hoheitsgewalt, sondern nur eine vom Staat abgeleitete Verbandsgewalt. Es sind also drei Gruppen von Religionsgemeinschaften auseinanderzuhalten: die mit eigener (originärer) Hoheitsgewalt ausgestatteten und dem Staat gleichgeordneten Großkirchen, die dem Staat untergeordneten und nur aus verliehenem Recht zum hoheitlichen Handeln befähigten sonstigen Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts und schließlich die den Vereinen gleichgestellten Religionsgemeinschaften des Privatrechts⁵.

¹ Vgl. Peters, VVDStRL 11, 184.

² van Oyen, Art. "Öffentlichkeitsanspruch der ev. Kirche", RGG IV, Sp. 1567.

³ Smend, ZevKR 1, 9 u. 13.

⁴ Die römisch-katholische Kirche und die EKD. Zur letzteren siehe Grundmann, Art. "Evangelische Kirche in Deutschland", EvStL, 479 ff.

⁵ S. die Nachweise bei Quaritsch, Der Staat 1962, 177 FN 6.

III. Die Gründe für die Entstehung und Verbreitung der Koordinationslehre nach 1945

Angesichts der abrupten Abkehr der Koordinationslehre von den Ergebnissen der Weimarer Staatskirchenrechtslehre und -praxis drängen sich zwei Fragen auf: wo liegen die Ursachen der Neuorientierung und wie wird sie begründet?

Die Antworten auf beide Fragen sind eng ineinander verwoben, denn das Schrifttum beruft sich bei der Neuinterpretation gemeinhin auf "die veränderte Lage der Dinge"¹. Das zwingt dazu, die tatsächlichen Veränderungen in näheren Augenschein zu nehmen.

1. Die Veränderungen auf seiten des Staates

Ohne das vom Zweiten Weltkrieg angerichtete Chaos wäre das Aufkommen der Lehre kaum wahrscheinlich gewesen. Es ließ die Organisation des Staates völlig zerbrochen zurück. Nur langsam und unter der Aufsicht der Besatzungsmächte wurde sie von unten her wieder aufgebaut. Erst nach vier Jahren entstand mit der Bundesrepublik die

¹ Smend, ZevKR 1, 11. Getreu der von ihm (a.a.O. S.4) ausgegebenen Lösung: 'Jeder Versuch des Verständnisses der heutigen staatskirchenrechtlichen Lage hat von den veränderten sozialen Voraussetzungen auszugehen', wird nahezu allen nachfolgenden Untersuchungen des Art.140 GG ein Überblick über die tatsächlichen staatlich-kirchlichen Beziehungen vorangestellt. Vgl. etwa Peters, VVDStRL 11, 177; Hesse, Rechtsschutz, S.35 ff.; Mikat, Kirchen, S.134 ff.; Scheuner, ZevKR 7, 251 ff.; Fuß, DÖV 1961, 736; Link, BayVBl. 1966, 300. Dabei greifen die Darstellungen mehr oder weniger stark auf die 1952 vorgenommene glänzende Gegenwartsanalyse Werner Webers, VVDStRL 11, 158 ff., zurück. Das in ihr festgehaltene Bild der ersten Nachkriegsjahre wird so trotz seiner Situationsgebundenheit bis in die 60er Jahre hinein zur maßgeblichen Grundlage der Auslegung.

"vorläufig endgültige" Form des Staates. Das junge Gemeinwesen war mit der Hinterlassenschaft des "Dritten Reiches" schwer belastet. Ihm wurde der Weltanschauungskampf angelastet, den der Nationalsozialismus gegen die Kirchen geführt hatte. Der hier wie in vielen anderen Bereichen zutage getretene Mißbrauch der politischen Macht führte zu einem allgemeinen Vertrauensschwund gegenüber der sittlichen Ordnungskraft des Staates¹. Das deutsche Staatsbewußtsein war in seinen Grundfesten erschüttert². Der Nachkriegsstaat hatte seinen Bürgern nur noch Wohlstand und soziale Sicherheit, aber keine weltanschaulichen Werte mehr anzubieten.

Seine ideologische Schwäche ließ den Staat bei den Kirchen Rückhalt suchen. Gefördert wurde diese die Partnerschaft von Kirche und Staat einleitende Entwicklung durch die gemeinsame Frontstellung in den Tagen des kalten Krieges³: wie der Staat sich gegen die kommunistische Weltrevolution und ihre Träger wehrte und absicherte⁴, so die Kirchen gegen den vom Kommunismus inthronisierten und institutionalisierten Atheismus. Was lag da näher, als sich als natürliche Verbündete anzusehen und zu beanspruchen?

¹ Ausführlich hierzu Hesse, Rechtsschutz, S.56 ff.

² Smend, ZevKR 1,11 spricht von einer "Epoche tiefer Schwäche des deutschen Staatsbewußtseins".

³ Scheuner, ZevKR 7, 253 f.

⁴ Auf diesem Hintergrund ist auch das KPD-Urteil des BVerfG vom 17.8.1956 zu beurteilen.

2. Die Veränderungen auf seiten der Kirchen

a. Der politische Machtzuwachs

Die Kirchen gingen aus dem Zusammenbruch als Einrichtungen von gestärktem Einfluß hervor¹. Ihre Organisation war im großen und ganzen unversehrt und arbeitsfähig geblieben. Zudem verfügten sie über das Prestige, Widerstand gegen den Nationalsozialismus geleistet zu haben. Daraus erwuchs ihnen ein starker politischer Geltungsanspruch, den ihnen keine andere Autorität streitig machte. Die Widerstandsrolle legitimierte sie, im Ausland Hilfsbereitschaft für das notleidende deutsche Volk zu wecken; die sofort einsetzenden wirksamen Hilfeleistungen trugen ihnen dauerhaften Respekt in der Bevölkerung ein. Darüber hinaus waren die Kirchen wie keine andere Institution in der Lage, als erste Botschafter eines neuen Deutschlands im Ausland um Versöhnung und Verständigung zu werben.

b. Das neue Selbstverständnis der evangelischen Kirche

Der Kirchenkampf nach 1933 führte die evangelische Kirche zu einem vertieften Verständnis ihres Auftrages in der Welt. Er gab vor allem den entscheidenden Anstoß zu ihrer endgültigen Emanzipation vom Staat².

¹ S. die prägnante Übersicht bei W.Weber, Spannungen und Kräfte, S.51 f. und VVDStRL 11, 158 u.168 ff.

² Vgl.hierzu Scheuner, ZevKR 7, 254 ff. und Hesse, EvSL, 908 f.

Während die katholische Kirche schon mit dem liberalen und nationalen Kulturstaat des 19. Jahrhunderts gebrochen hatte¹, blieb auf evangelischer Seite das Landeskirchentum noch bis zum 1. Weltkrieg unangefochten.

Selbst als mit dem Sturz der Monarchie im Jahre 1918 auch das landesherrliche Kirchenregiment fortfiel, wirkte die jahrhundertelange enge Verbindung noch weiter. Das findet deutlichen Ausdruck in den wissenschaftlichen Werken jener Zeit, die es unternahmen, das Verhältnis von Staat und Kirche vom Boden protestantischer Lehre neu zu bestimmen².

Wie seit dem Ende des 18. Jahrhunderts hielt die lutherische Lehre zunächst daran fest, das Kirchenrecht als weltliches Recht zu werten. Sie erkannte damit die vom nationalen Recht beanspruchte Herrschaftsmacht des Staates überall in seinem Gebiet wohnenden Verbände an. Diese Haltung stand noch weitgehend unter dem Einfluß Rudolf Sohms. Von der These ausgehend, "das Wesen der Kirche ist geistlich; das Wesen des Rechts ist weltlich", hatte er aus dem Begriff von Staats- und Kirchengewalt die rechtliche Unterordnung der Kirche unter den Staat hergeleitet: zur Kirche im Rechtssinne werde die Kirche allein durch die staatliche Verleihung der öffentlichen Korporationsrechte; daher sei der Staat berechtigt,

¹ Der erste offene Konflikt zwischen der katholischen Kirche und dem preußischen Staat war der Kölner Kirchenstreit von 1837 (vgl. hierzu Elisabeth Tröger, Art. "Kölner Kirchenstreit" in EvStL, 1075 ff. und die Dokumentation in Ernst Rudolf Huber/Wolfgang Huber, Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert, Bd. 1, Berlin 1973, S. 309-405). Seinen Höhepunkt und Abschluß fand der Prozeß der Trennung von Staat und katholischer Kirche mit dem von Bismarck entfachten Kulturkampf.

² S. hierzu Hesse, Rechtsschutz, S. 42 und Scheuner, ZevKR 7, 240.

auf das Kirchenregiment Einfluß zu nehmen¹.

Erst unter den Attacken nationalsozialistischer Kirchenpolitik erkannte die Kirche, daß sie auch als geschichtliche Erscheinung aus eigener geistlicher Berufung und Kraft lebt.

Zwei geschichtliche Daten markieren die Wende. Mit der theologischen Erklärung von Barmen vom 31. Mai 1934 vollzog die Kirche endgültig den Bruch mit dem totalitären Staat. Indem sie seine mißbräuchlichen Eingriffe in das kirchliche Leben nachdrücklich zurückwies, gewann sie ihre innere Unabhängigkeit zurück². Mit der Proklamierung des kirch-

¹ Das Verhältnis von Staat und Kirche aus dem Begriff von Staat und Kirche entwickelt, in: Zeitschrift für Kirchenrecht XI (1872), S. 157 ff. (168 ff.). In der Weimarer Zeit ordnete selbst noch Günther Holstein - sonst Sohms großer Gegenspieler - das von der 'Rechtskirche' gesetzte Recht in das allgemeine nationale Rechtssystem ein: da die 'Rechtskirche' ein soziales Gebilde sei, könne das von ihr geschaffene Recht nicht von anderer Qualität sein als weltliches Recht. Vgl. Die Grundlagen des evangelischen Kirchenrechts, Tübingen 1928, S. 87 ff., 89: "Das Recht der Kirche ist also gegenüber dem Recht, das Staat, Familie und die anderen Sozialordnungen umschließt, kein qualitativ anderes oder auf höherer Ebene gelagertes und ist insofern mit ihm identisch und gleichartig ...".

² Die das Verhältnis von Staat und Kirche behandelnden Thesen des Bekenntnisses "evangelischer Wahrheiten" lauten:

- "4. Wir verwerfen die falsche Lehre, als könne und dürfe sich die Kirche ... besondere, mit Herrschaftsbefugnissen ausgestattete Führer geben oder geben lassen.
5. Wir verwerfen die falsche Lehre, als solle und könne der Staat über seinen besonderen Auftrag hinaus die einzige und totale Ordnung menschlichen Lebens werden und also auch die Bestimmung der Kirche erfüllen. Wir verwerfen die falsche Lehre, als solle und könne sich die Kirche über ihren besonderen Auftrag hinaus staatliche Art, staatliche Aufgaben und staatliche Würde aneignen und damit selbst zu einem Organ des Staates werden.
6. Der Auftrag der Kirche, in welchem ihre Freiheit gründet, besteht darin, an Christi Statt und also im Dienst seines eigenen Wortes und Werkes durch Predigt und Sakrament die Botschaft von der freien Gnade Gottes auszurichten an alles Volk.

Wir verwerfen die falsche Lehre, als könne die Kirche in menschlicher Selbstherrlichkeit das Wort und Werk des Herrn in den Dienst irgendwelcher eigenmächtig gewählter Wünsche, Zwecke und Pläne stellen."

lichen Notrechts durch die Dahlemer Bekenntnissynode wurde gefordert, die Kirche auf der Grundlage ihres eigenen Wesens und mit ihren eigenen rechtlichen Mitteln neu zu ordnen¹. Seit dieser Zeit weiß die Kirche - wie Rudolf Smend es formuliert hat² - wieder in voller Klarheit, was sie dem Staat gegenüber will, soll und darf. Theologie und Kirchenwissenschaft erneuerten sich von Grund auf: die Eigenständigkeit der Kirche und des kirchlichen Rechts wurden hervorgehoben, seine Andersartigkeit gegenüber dem weltlichen Recht und seine Bindung an den geistlichen Lebensvorgang der *communio sanctorum* betont³.

In der Folgezeit ist allenthalben das Bemühen spürbar, Distanz zum Staat zu gewinnen und den Raum kirchlicher Selbständigkeit zu erweitern.

IV. Der rechtliche Ausgangspunkt der staatskirchenrechtlichen Literatur

Die skizzierten Veränderungen lassen keinen Zweifel daran, daß es für die Länder in den fünfziger Jahren unmöglich war, die Weimarer Positionen gegenüber den Kirchen umgehend wiedereinzunehmen. Wie verträgt sich nun diese zeitweilige faktische Emanzipation der Kirchen aus der staatlichen Kirchenhoheit mit dem Grundgesetz?⁴

¹ Vgl. Grundmann, ÖAK 13, 287 f.

² ZevKR 1, 13.

³ Die These Sohms, das Kirchenrecht stehe mit dem Wesen der Kirche in Widerspruch, wurde ersetzt durch die These: Auch die geistlich verstandene Kirche hat ihr Recht, aber es ist ein im Glauben fundiertes und allein von freiwilligem Gehorsam getragenes Recht. Vgl. Zippelius, ZevKR 9, 64.

⁴ Die erste kritische Frage in dieser Richtung stellt Fuß, DÖV 1961, 736, allerdings ohne die von der herrschenden Meinung gegebene Antwort auf ihre methodischen Implikationen hin zu untersuchen.

Von der Staatskirchenrechtslehre kann hierauf nur dann eine auf ihre Methode hin überprüfbare Antwort erwartet werden, wenn sie die Verbindlichkeit des Grundgesetzes für das Staatskirchenrecht überhaupt anerkennt.

Ihre Ansicht am Verfassungstext zu messen, ist sinnlos, wenn ihr schon im theoretischen Ansatz statt einer rechtlichen eine soziologische oder theologische Betrachtungsweise zugrunde liegt.

1. Die Auflösungstendenzen im Staatskirchenrecht

Unter Staatskirchenrecht wird herkömmlich das vom Staat für die Kirchen gesetzte Recht verstanden¹. Ausschließlicher Ausgangspunkt jeder staatskirchenrechtlicher Untersuchung ist demzufolge das staatliche Recht, in erster Linie die Verfassung.

In der Nachkriegszeit ist dieses überkommene Verständnis in Frage gestellt worden. Die Fragwürdigkeit verfassungsgebender Gewalt, die dieser Zeit allgemein eigentümlich war, zeitigte auf dem hochgradig empfindlichen Gebiet der Staat-Kirche-Beziehungen besonders starke Wirkung: das Vertrauen in die Verbindlichkeit staatlichen Verfassungsrechts wurde nachhaltig erschüttert². Der rechtliche

¹ So etwa Bredt, Kirchenrecht I, S.80 u.103: "staatliches Recht, die Kirche betreffend".

² Vgl. Köttgen, DVBl.1952, 485. Auswirkungen sind noch in jüngster Zeit zu registrieren. So stellte Hollerbach noch 1967 auf der Frankfurter Staatsrechtslehrertagung seinem Referat über "Die Kirchen unter dem Grundgesetz" die Feststellung voran, maßgebend für die rechtliche Zuordnung der Kirchen zum Staat des Grundgesetzes sei die Verfassung (VVDStRL 26, 58 ff.). Er hielt diesen Ausgangspunkt für so wenig selbstverständlich, daß er ihn ausführlich aus einem materialen verfassungsstaatlichen Souveränitätsverständnis herleitete und in folgende Leitsätze kleidete:

"1. Die Rechtsstellung der Religionsgemeinschaften im Gemeinwesen der Bundesrepublik Deutschland wird grundlegend bestimmt durch die V e r f a s s u n g.
2. Die Freiheitsordnung des vom GG konstituierten, auch nach innen offenen Gemeinwesens hat ihren Angelpunkt in der V e r f a s s u n g s h o h e i t. Nach Maßgabe der nicht "allumfassenden", aber grundsätzlich a l l - b e z ü g l i c h e n Verfassung nehmen staatliche

Status der Kirchen - so wurde argumentiert - lasse sich nach Nationalsozialismus und Kirchenkampf nicht mehr ohne Berücksichtigung der gewachsenen Machtposition der Kirchen und ihres gewandelten Selbstverständnisses bestimmen¹.

Den Auflösungstendenzen des Staatskirchenrechts liegen geistesgeschichtlich mindestens zwei verschiedene Ausgangspunkte zugrunde². Der eine ist die vor allem von Werner Weber vertretene soziologische These vom Pluralismus der sozialen und politischen Mächte im Staat³. Der andere wurzelt in der katholischen Geisteswelt und in ihrem Verständnis des Kirchenrechts⁴.

a. Der soziologische Ansatz Werner Webers

Nach Werner Weber stehen die Kirchen heute in einem politischen Gemeinwesen, in dem nicht mehr e i n e Kraft, nämlich der Staat, den Bereich der öffentlichen Ordnung beherrscht, in dem diese öffentliche Ordnung vielmehr aufgliedert ist und viele Herren hat. Weber vergleicht die Stellung der Kirchen mit der Position eines Standes im Ständestaat und zählt die Kirchen neben den politischen Parteien und Wirtschaftsverbänden zu den wesentlichen Ständen unserer Zeit. Die beiden Kirchen verste-

Organe Gemeinwohlverantwortung wahr, mit der Befugnis zur Letztentscheidung im Dienste der Verfassungsziele.

3. Soweit die Verfassung Bestimmungen darüber trifft, stehen auch die Religionsgemeinschaften als Lebensverbände im Gemeinwesen u n t e r der Autorität der Verfassung."
(Sperrungen im Original)

¹ Die Frage, ob eine "kirchliche" oder "staatliche" Betrachtungsweise anzuwenden sei, steht am Anfang zahlreicher Erörterungen zum Staatskirchenrecht der Nachkriegszeit, s. die Nachweise bei Quaritsch, Der Staat 1962, 180 FN 18.

² Vgl. hierzu Zippelius, ZevKR 9, 46 ff.

³ W. Weber, VVDStRL 11, 173 ff. und Spannungen und Kräfte, S. 152.

⁴ Diese Richtung ist vor allem von Hans Peters vertreten worden.

hen sich auch nach seiner Ansicht wie ein Stand des Ständestaates, als öffentliche Institution aus eigenem, nicht aber aus verliehenem, abgezweigtem oder konzediertem Recht. Im ganzen sieht er die Lage der Kirchen dadurch charakterisiert, daß sie nicht mehr einer staatlichen Obrigkeit gegenüberstehen oder unterstehen: sie sind vielmehr Glieder unserer vielschichtigen öffentlich-rechtlichen Gesamtordnung, und zwar ein tragendes und wirkendes Glied darin.

Mit diesem Bild vor Augen wird in der Tat der weitere Gebrauch des Begriffs "Staatskirchenrecht" fragwürdig¹.

Auf der Marburger Tagung und auch späterhin fand jedoch der soziologische Ansatz wenig Beifall. Der pluralistischen Staatsauffassung wurde mehrfach widersprochen und die Forderung erhoben, die gesellschaftlichen Gebilde, die sich innerhalb des Staates befinden, in Beziehung zu ihm zu setzen². Mit Nachdruck wurde Weber von mehreren Seiten entgegengehalten, "daß wir trotz all der Entwicklungen, die sich in unserer Gesellschaft vollziehen, noch ein Staatskirchenrecht haben ..." ³.

b. Der theologische Ansatz Hans Peters'

Mehr Zustimmung hat Hans Peters erfahren, als er in Marburg das Bemühen der katholischen Kirche schilderte, sich mehr Einfluß auf die Verwirklichung einer vom christlichen Geiste getragenen und durchwehten Gesellschaftsordnung zu sichern⁴. Angesichts der unerträglichen Verweltlichung des öffentlichen und des bürgerlichen Lebens versuche die Kirche von innen heraus, die Wandlungen des gesellschaftlichen Lebens sich zunutze zu machen und mit der bisherigen Praxis zu brechen, daß der Staat die Grenze zwischen Staat und Kirche zieht⁵.

¹ So auch die Folgerung W.Webers, VVDStRL 11,176.

² Z.B.Merk, VVDStRL 11, 233 ff.

³ Peters, VVDStRL 11,251. In die gleiche Richtung zielen die Diskussionsbeiträge von Smend (a.a.O.,S.238 ff.), Merk (a.a.O.,S.235) und Giese (a.a.O.,S.230). Vgl.ferner die Nachweise bei Zippelius, ZevKR 9, 49 f.

⁴ Peters, VVDStRL 11,184.

⁵ Peters, a.a.O., S.185.

Die juristische Rechtfertigung dieser Entwicklung setzt dabei an, die bisherige Auffassung von der Körperschaftsqualität der Kirchen als formalistisch zu kennzeichnen¹. Nach Peters besagt letztere nur, daß auch der Staat die Kirchen als mit eigenen, ursprünglichen und hoheitlichen Funktionen ausgestattete juristische Personen anerkennt und daß ferner ihre innere Ordnung und ihr Verhältnis zum Staat und zu den Kirchenangehörigen öffentliches Recht darstellt; es bedeutet jedoch nicht, daß die Kirchen damit in den Staatsorganismus eingegliedert sind. Der Staat, so meint er, verleiht nicht den Kirchen die öffentlich-rechtliche Rechtsstellung, sondern er findet sie vor und erkennt sie an².

Von diesem Ansatz her werden Kirche und Staat als gleichrangige Gemeinschaften erster Ordnung, als *societates perfectae* begriffen.

2. Die Auswirkungen der Auflösungstendenzen

Mit der These von der Gleichordnung müßte konsequenterweise die Verfassungsgeltung für die staatlich-kirchlichen Beziehungen entfallen³. Denn unter Gleichgeordneten kann jeder Beteiligte begriffsnotwendig nur für seinen Bereich verbindliches Recht setzen. Die Rechtssysteme von Staat und Kirche könnten demzufolge nur nebeneinander bestehen, ähnlich dem völkerrechtlichen Verhältnis zweier Staaten zueinander⁴.

Tatsächlich klingen diese Überlegungen bei einigen staatskirchenrechtlichen Autoren an. Sie werfen die Frage auf,

¹ Peters, VVDStRL 11, 187.

² a.a.O.

³ Ebenso Quaritsch, Der Staat 1962, 177 und H. Weber, Körperschaften, S. 18 f.

⁴ Im Unterschied zum Völkerrecht würde lediglich die über beiden Rechtssystemen stehende Einheit fehlen, die eine rechtliche Lösung von Konfliktsfällen ermöglicht.

ob Staatskirchenrecht überhaupt noch möglich sei oder ob nicht an seine Stelle eine quasi-völkerrechtliche Rechtsordnung gestellt werden müsse¹. Den Schritt zur völligen Freistellung der Kirchen von der Verfassung tun sie jedoch nicht.

Ausdrücklich oder stillschweigend ist man sich in der S t a a t s kirchenrechtslehre darüber einig, daß alle Vorbehalte gegenüber Art. 140 GG nichts an seinem "objektiven Geltungsinhalt und Gewicht" zu ändern vermögen². Trotz aller Bedenken und Einwände werden die Kirchen im Ergebnis weiterhin unter die verfassungsmäßige Ordnung des Staates gestellt³. Das aus der Weimarer Zeit überkommene Staatskirchenrecht bleibt als solches anwendbar; allerdings bedarf seine Bindungswirkung für die Kirchen nach einheitlicher Ansicht einer neuen Begründung und sein Inhalt einer tiefgreifenden Umdeutung⁴.

Der Geltungsanspruch des staatlichen Rechts wird inhaltlich begrenzt: wenn auch - in Widerspruch zu weitergehenden Formulierungen - dem Staat das letzte Wort in Streitigkeiten noch zugestanden wird, so soll es ihm doch nicht mehr schlechthin, sondern nur noch dort zustehen, wo er kraft einer sachlichen Legitimation zu sprechen berufen ist⁵.

¹ Vor allem Hesse, ZevKR 3, 992; 4,419: "... so erscheint es in der Tat berechtigt, von einer 'Auflösung des Staatskirchenrechts' zu sprechen". Ferner etwa Scheuner, ZevKR 2, 382 ff. und Thieme, DVBl. 1955, 274.

² Smend, ZevKR 1,11; Peters (VVDStRL 11,178) ermahnte 1952 die Staatskirchenrechtslehre eindringlich, "nicht immer nur von Krisen zu sprechen und aus geistvoller Sicht heraus das Staatsrecht auszulegen ...". Sie müsse vielmehr an die verfassungsmäßige Ordnung glauben und das geltende, positive Recht herausarbeiten, erklären und auslegen.

³ Vgl. D. Scheven, ZevKR 4 (1955), S.157 ff. (168). Anders allerdings zahlreiche Stellungnahmen von protestantischen und katholischen K i r c h e n rechtslehrern, vgl. hierzu etwa Mikat, StL IV,10005 ff. (Literaturangaben Sp.1048f.) und Hesse, EvStL, 112 ff. (Literaturangaben Sp.925 f.).

⁴ Vgl. Mikat, Kirchen, S.136 mW.N. in FN 102.

⁵ So Hesse, ZevKR 6, 180 f.; ebenso Hollerbach, VVDStRL 26, 59 f.

Abgelehnt ist damit im Ergebnis lediglich der überkommene formale Souveränitätsbegriff, wonach der Staat, sofern er sich nicht selbst Schranken setzt, alles darf¹. Stattdessen wird ein materiales Souveränitätsverständnis gefordert, das von den sachlichen Aufgaben des Staates ausgeht, insbesondere seiner Verantwortung für eine sachlich begründete Gesamtordnung².

¹ Von einem solchen Verständnis geht Krüger (ZevKR 6,75) aus, wenn er in Auseinandersetzung mit Hesse von der "virtuellen Allumfassendheit" als einer "unendlich wertvollen Eigenschaft des Modernen Staates" spricht. Diese Sicht ist von Krüger in seiner Staatslehre, S.759 ff., 827 ff., 940 ff., 952 näher entfaltet worden. Ähnlich Quaritsch, der Staat 1962, 188 ff.; 298, 317 ff., der Souveränität vor allem als Konfliktsbegriff auf die Frage nach dem "letzten Wort" zurückführt.

² Ausführlich hierzu Peter Häberle, Zur gegenwärtigen Diskussion um das Problem der Souveränität, in AöR 92, 259 ff.

2. T e i l : Die Begriffsbestimmung des Bedeutungswandels
=====

in Literatur und Rechtsprechung

=====

Ungeachtet mancherlei Bedenken und Zweifel leugnet die staatskirchenrechtliche Literatur der Nachkriegszeit also nicht, daß das Staatskirchenrecht durch Art.140 GG verbindlich festgelegt wird. Sie hält allerdings die Regelung für ungeeignet, der neuen Lage der Dinge gerecht zu werden. Sie versucht deshalb, das GG umzudeuten und so den geänderten "Bedürfnissen" anzupassen.

Die neue Sinngebung des Art.137 WRV wird schlagwortartig mit einem "Bedeutungswandel" der Vorschrift begründet¹.

¹ Mit z.T. erheblich unterschiedlicher Begründung und Inhaltsbestimmungen gehen von einem Bedeutungswandel aus: Bachof, DÖV 1958, 557; ders., DÖV 1964, 70 (Buchbesprechung); Bauer, Diss. 1968, S.121 f.; Bertermann, MDR 1966, 882; Beulke, ZevKR 6, 130 mwN. in FN 2; v.Campenhäusen, ZevKR 13, 215; Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, GG Art.19 IV RN.20; Erler, Kirchenrecht, S.80; Friedrich, Kirchenrecht, S.472; Grundmann, ÖAK 13, 290; ders., Informationsblatt 1961, S.97; ders., BayVBl.62, 33; ders., JZ 66, 81; Hamann, GG, Art.140 Erl.A 1 b; Hamann/Lenz, GG, Art.140 Erl.A b; J.Heckel, Kirchengut, S.103 f.; M.Heckel, VVDStRL 26, 22; Hesse, ZevKR 3, 190; ders., ZevKR 4, 418 f.; ders., Rechtsschutz, S.28 ff. und passim; ders., EVStL, 918 ff.; Holtkotten, in BK, Art.140 GG Anm. II 2; Johnsen, Diss., S.129; Korte, JöR 5, 144; Köttgen, DVBl. 1952, 486 u. passim; Kühn, DVBl. 1958, 388/89; (Urteilsanmerkung); Liermann, ÖAK 5, 214; Link, BayVBl. 1966, 300; v.Mangoldt, Komm., Art.140 GG Anm.2; Maurer, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S.150 f.; ders. DÖV 1960, 751/52; Menger, MDR 1955, 512; Mikat, Kirchen, S.136; ders., Verhältnis, S.10 ff.; K.Müller, DÖV 1955, 424; H.Peters, VVDStRL 11, 188; Ridder, StL IV, 1026; Rupp, AöR 85, 161; Scheven, ZevKR 4, 161 ff.; Scheuner, ZevKR 2, 382; ders., ZevKR 6, 357 FN 47; ders., DÖV 1966, 145 FN 2; Schlieff, Diss., S.98; Süsterhenn, DVBl. 1961, 186; W.Thieme, AöR 80, 425; W.Weber, VVDStRL 11, 159; ders., HdSW, IX, 753 ff.; Zinn-Stein, Komm., Vorb.3 vor Art.48 (S.244).

War der Ausdruck zunächst nur feststellend¹ (als Aussage über eine soziale Erscheinung) oder undogmatisch spekulativ² (im Sinne einer erwarteten geschichtlichen Entwicklung) gemeint, so erhielt er doch schnell rechtfertigende und normative Bedeutung.

Die erste Frage muß daher lauten: Gibt die Formel wirklich Aufschluß darüber, ob, wieweit und wodurch eine Verfassungsnorm bei gleichbleibendem Wortlaut einen anderen Inhalt annehmen kann? Die Problematik, die damit angeschnitten wird, ist - allgemein gefaßt - die des Ausgleichs zwischen Strenge und Auflockerung bei der Sinnentfaltung des Gesetzes³.

Für das Verfassungsrecht präzisiert lautet sie: Wie sind die Dynamik des modernen Lebens und die Unverbrüchlichkeit der Verfassung miteinander zu vereinbaren? Oder: Wie vermag die Verfassung den schnell wechselnden Anforderungen zu genügen, ohne die Klarheit und Festigkeit zu verlieren, die ihre eigentliche ratio essendi ausmachen?⁴

I. Der Bedeutungswandel im allgemeinen rechtswissenschaftlichen Sprachgebrauch

1. Der Bedeutungswandel von Rechtsideen

Häufig wird mit dem Ausdruck der ideengeschichtliche Wandel bezeichnet, den Rechtsgedanken in verschiedener

¹ So W.Weber, VVDStRL 11, 176.

² Nur so ist m.E. Smend, ZevKR 1, 14 ff. zu verstehen.

³ J.W.Hedemann hat sie für die wahrscheinlich wichtigste gehalten, die es überhaupt für den Juristen des 20.Jahrhunderts gibt, Die Flucht in die Generalklausel, Tübingen 1933, S.3.

⁴ Für Kägi, Grundordnung, S.106, sind das die Schicksalsfragen des Verfassungsrechts.

Ausformung und Akzentuierung über mehrere Rechtsepochen hinweg durchmachen¹.

2. Der Bedeutungswandel von Rechtsnormen

In anderem Zusammenhang kennzeichnet der Ausdruck den Vorgang, daß sich die maßgebliche Bedeutung einer Rechtsnorm ändert, weil "in ihrem Bereich neue, nicht vorausgesehene Tatbestände auftauchen oder bekannte Tatbestände durch ihre Einordnung in den Gesamtablauf einer Entwicklung in neuer Bedeutung oder Beziehung erscheinen"².

¹ In diesem Sinne etwa: Ernst Rudolf Huber in seiner Abhandlung über den "Bedeutungswandel der Grundrechte" in AöR 23 (1933) S.1 ff.; Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Art.1 Abs.1 RN 5: Bedeutungswandel des verfassungsrechtlichen Schutzes der Menschenwürde von Art.100 Bay.Verf. bis zu Art.1 I GG; Leibholz, Repräsentation, S.251; ders., Strukturprobleme, S.278: Bedeutungswandel des Gleichheitssatzes seit dem 19.Jahrhundert.

² BVerfG, Urt.v.1.7.1953, BVerfGE 2, 380 (401); ebenso Rechtsgutachten des BVerfG v.16.6.1954 über die Zuständigkeit des Bundes zum Erlass eines Baugesetzes, BVerfGE 3, 407 (422 f.). Unter Berufung auf die zitierte Bemerkung des Gerichts gehen von einem Bedeutungswandel aus: v.Mangoldt/Klein, Art.79 Anm.III 5 FN 58; Maunz, Staatsrecht, S.61; Huwar, S.108; Dürig, JZ 1953, 195 Anm.34. Ähnlich Larenz, Methodenlehre, S.330. - Abgelehnt wird der Bedeutungswandel von der streng subjektiven Theorie; der von ihr für maßgeblich erachtete empirische Wille des historischen Gesetzgebers ist ein abgeschlossenes "Faktum", das sich nicht mehr wandeln kann. Siehe z.B. Rupert Schreiber, Die Geltung von Rechtsnormen, Berlin, Heidelberg, New York 1966, S.165: "Würde man eine Auslegung nach dem Sprachgebrauch zum Zeitpunkt der Anwendung der Rechtsnormen vornehmen, so wären solche Ergebnisse nicht mehr auf die Rechtsnorm in dem Sinne, wie sie sein Autor verstanden hat, gestützt. Solche Ergebnisse wären dann aus Normen abgeleitet, die in dieser abgewandelten Bedeutung von niemandem formuliert wurden, sondern durch Veränderungen des Sprachgebrauchs entstanden sind." S.166: "Den Bedeutungswandel dem Gesetzgeber als dessen Willen zu unterstehen, verstößt gegen die Wahrheitspflicht des Rechtswissenschaftlers." Zustimmend Klaus Roth-Stielow, Grundgesetz und Rechtsanwendung, München 1972, S.29 f.

Vorausgesetzt wird dabei die zusammenhängende zeitliche Geltung der Norm; d.h. nur solche Veränderungen sind erheblich, die nach Erlass des Gesetzes auftreten¹.

Im Ergebnis führt der Bedeutungswandel nur zu einer veränderten Auslegung; die Neuinterpretation muß also im Rahmen des möglichen Wortsinns verbleiben². Hierdurch unterscheidet er sich von dem sog. stillen Verfassungswandel, der das Gesetz ergänzen und sogar abändern kann³.

¹ BVerfG 3, 422 f.; Dürig, JZ 1953, 195 Anm.34.

² Larenz, Methodenlehre, S.333/334 u.passim; Wagner, Diss., S.44. Zum "möglichen Wortsinn" als Abgrenzungskriterium zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung s.auch Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964, S.19 ff. Ob sich die Auslegung auf die Sinnermittlung der in dem vom Gesetz gewählten Wortlaut eingeschlossenen Bedeutungen einengen läßt (so z.B. Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2.Auflage, Wien 1960, S.353), wird zunehmend in Zweifel gezogen; schon die Hervorhebung des möglichen Sinnes einer Norm werde immer bereits durch materiale, den sprachlichen Sinn der Norm bedingende Einsichten des Interpreten beeinflußt. Ausführlich hierzu Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S.159 ff., 212 ff., 223: Das Abgrenzungskriterium "möglicher Wortsinn" sei "so vage und durch die Möglichkeit technischer Festlegung des Wortsinns so manipulierbar, daß es praktisch gar nichts mehr bedeutet."

³ Über sein Wesen und seine Zulässigkeit herrscht Streit, vgl. Wagner, Diss., S.47 ff. und v.Mangoldt/Klein Art.79 Anm.III 2, beide mit umfangreichen Nachweisen. Hatschek, JöR III (1909), 1 ff. hat ihn für ein Vorstadium des Rechts gehalten, eine Konventionalregel, die in der Praxis nach Art einer Rechtsnorm angewandt wird, jedoch erst Rechtsqualität erlangt, wenn sie zu Gewohnheitsrecht erstarkt. Die wohl h.M. identifiziert den Verfassungswandel mit der Bildung von Gewohnheitsrecht: Bornhak, Wandlungen der Reichsverfassung, AöR 26 (1910), 375; Scheuner, DÖV 1953, 583; ders., StL VIII, 125/126; ders., in Festgabe für Erich Kaufmann, 1950, S.317 f.; v.Mangoldt, Art.79 Erl.2 (S.427 u.428); v.Mangoldt/Klein, Einleitung III 3; Maunz in Maunz-Dürig-Herzog Art.79 RN 20; Friauf, EvStL Sp.686. Eine dritte Meinung gliedert ihn der Verfassungsinterpretation ein: Klein, Giese-Festschrift, S.117 f.; v.Mangoldt-Klein Art.79 Anm.III 2; Haug, Schranken der Verfassungsrevision, Zürich 1947, S.166; Badura, EvStL Sp.2352. - Maunz, Staatsrecht, S.61 und Huwar, S.108, setzen stillen Verfassungswandel und Bedeutungswandel gleich. Richtig dürfte es sein, in dem stillen Verfassungswandel die über die Auslegung hinausgehende ändernde und ergänzende richterliche Rechtsfortbildung zu sehen; ebenso Wagner, Diss., S.47 ff. mwN.

Es werden verschiedene Gründe für den Bedeutungswandel angeführt. Das BVerfG hat in zwei Entscheidungen als Wandlungsgrund den Inhaltswandel solcher Begriffe bezeichnet, welche die Verfassung nicht selbst gebildet, sondern vorgefunden hat (sog. Komplementärbegriffe)¹.

In seinem Urteil vom 1.7.1953 prüft das Gericht die Frage, ob durch die Eigentumsgarantie des Art.14 GG auch Fürsorgeansprüche gegen den Staat geschützt sind. Es pflichtet der h.M. bei, wonach dem Eigentumsrecht nur private Vermögensrechte unterfallen². Danach geht es auf die weitergehende Ansicht des BGH ein, die Eigentumsgarantie decke heute das gesamte Vermögen des Bürgers, also auch jedes vermögenswerte Recht auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts³.

Anschließend folgt die Bemerkung über den Bedeutungswandel. Sie leitet zu der Überlegung über, ob der Eigentumsbegriff i.S. des Art.14 GG eng oder weit zu fassen sei. Der Wortsinne deckt, wie das Gericht betont, beide Auslegungen⁴.

Da das Eigentum durch Art.14 GG nur so geschützt werde, "wie es das bürgerliche Recht und die gesellschaftlichen Anschauungen geformt haben"⁵, prüft das Gericht, ob rechtliche oder außerrechtliche Gründe vorliegen, die dem Eigentumsbegriff einen neuen sachlichen Gehalt geben könnten⁶.

¹ Wie sich die Bedeutungen der Wörter entsprechend der Veränderung der dinglichen und geistigen Welt des Menschen ändern, ist ein Gegenstand der Semantik; ihr entstammt auch der Ausdruck Bedeutungswandel. - Zum Begriff der Semantik s.Ernst-Joachim Lampe, Juristische Semantik, Bad Homburg v.d.H.,Berlin, Zürich 1970. - Zum Wandel des allgemeinen oder des rechtswissenschaftlichen Sprachgebrauchs s.auch Larenz, Methodenlehre, S.331 f.

² BVerfGE 2,399/400.

³ BVerfGE 2, 401.

⁴ Es trifft daher nicht zu, wenn v.Mangoldt/Klein Art.79 Anm.VII 5 FN 58 zu dieser Entscheidung ausführen, der Bedeutungswandel habe mit Gesetzesauslegung nichts mehr zu tun. Die in Bezug genommene Stellungnahme von Enneccerus/Nipperdey S.327 FN 10 ist nur vom Standpunkt der subjektiven Auslegungstheorie her verständlich und richtig.

⁵ BVerfGE 2, 402.

⁶ Dieser Gedankengang läßt sich nicht als eine erste Konkretisierung von ursprünglich abstrakten Verfassungsnormen bezeichnen, wie v.Mangoldt/Klein Einleitung III 3 es tun. Das BVerfG geht ja gerade von einem festumrissenen Eigen-

Ebenfalls um die Änderung eines Komplementärbegriffs geht es in einer anderen Entscheidung des Gerichts, in der es einen Bedeutungswandel von Bestimmungen einfacher Gesetze bejaht¹. Zu entscheiden war über die Zulässigkeit landesgesetzlicher Regelungen auf dem Gebiet des Arbeitsvertragsrechts, speziell des Urlaubsrechts. Das vorliegende Bundesarbeitsgericht hielt solche Regelungen für unzulässig, weil das Arbeitsvertragsrecht als Teil des Privatrechts im BGB "erschöpfend" geregelt sei; eine landesgesetzliche Ordnung auf diesem Gebiet sei durch das in Art.3, 55, 218 EGBGB enthaltene Kodifikationsprinzip ausgeschlossen. Dem hält das BVerfG entgegen, das Kodifikationsprinzip erstrecke sich gem.Art.55 EGBGB nur auf privatrechtliche Vorschriften im Sinne von bürgerlichem Recht. Das Arbeitsrecht habe sich aber seit Erlass des BGB in einer langandauernden sozialrechtlichen Entwicklung als Sonderrecht der unselbständigen Arbeitnehmer verselbständigt; es sei nunmehr aus dem Privatrecht herausgelöst und werde von Art.55 EGBGB nicht mehr erfaßt. Durch die Veränderung der Verhältnisse könne überdies die Gesetzesbestimmung einen Bedeutungswandel erfahren². Denn durch die Verwendung des Komplementärbegriffs "privatrechtliche Vorschriften" sei sie "als eine Norm mit wechselndem Inhalt auszulegen, die zu ihrem inhaltlichen Bestandteil die sich wandelnde Wirklichkeit" habe. Das Kodifikationsprinzip gelte "nur für die Rechts-

tumsbegriff aus; es prüft nur, ob dieser vielleicht neuen rechtlichen oder außerrechtlichen Veränderungen angepaßt werden muß.

¹ Beschluß des BVerfG v.22.4.1958, BVerfGE 7, 342.

² BVerfGE 7, 351.

gebiete, die jeweils noch als bürgerlich-rechtlich anerkannt" seien¹.

Als weiterer Grund für einen Bedeutungswandel wird die Änderung des systematischen Zusammenhangs einer Rechtsnorm genannt².

Larenz schließlich unterscheidet neben dem Wandel des allgemeinen oder des rechtswissenschaftlichen Sprachgebrauchs zwei weitere Gründe: einen Wandel derjenigen tatsächlichen Verhältnisse, auf die hin die Norm geschaffen wurde, der "Normsituation", und einen Wandel "der objektiven Kriterien", insbesondere der als maßgeblich erachteten Rechtsprinzipien und Bewertungsgrundsätze³.

¹ Larenz, Methodenlehre, S.357, sieht die vom BVerfG vorgenommene Auslegung vor allem in einem Sinnwandel im Gesamtgefüge der Rechtsordnung begründet. Nicht nur die Begriffsbildung, sondern das Recht selbst habe sich geändert: das moderne Arbeitsrecht habe sich erst nach Erlass des BGB entwickelt. Deshalb habe es der Gesetzgeber des BGB nicht erschöpfend regeln können. Das trifft nicht den Sinn der den Bedeutungswandel betreffenden Überlegung des Gerichts. Sie zielt darauf ab, daß Art.55 EGBGB mit dem Wort "privatrechtlich" einen Begriff enthält, den der Gesetzgeber nicht für seinen Gebrauch definiert hat, der mithin nach dem ihm jeweils eigenen sachlichen Gehalt verstanden werden muß. Da sich das Arbeitsrecht heute aus dem Begriff Privatrecht herausgelöst und verselbständigt hat, führt das zwangsläufig zu einem Bedeutungswandel der Vorschrift des Art.55 EGBGB.

² So z.B. Nawiasky, Allgemeine Staatslehre 2.Teil, 2.Bd., 1955, S.40; ebenso offenbar Maunz, Staatsrecht, S.164.

³ Methodenlehre, S.330 ff. Den letzteren Grund hält auch Hermann Heller, Staatslehre, 1934, S.258 für beachtlich: ein Bedeutungswandel der Rechtssätze vollziehe sich mit Hilfe der sich wandelnden Rechtsgrundsätze. Ob dem Wandel der "Normsituation" und der Rechtsgrundsätze neben dem des allgemeinen oder wissenschaftlichen Sprachgebrauchs selbständige Bedeutung zukommt, erscheint zweifelhaft. Es dürfte sich bei ihnen nur um die Kräfte handeln, die den Begriffsinhalt umgestalten. Ein Begriffswandel wird kaum isoliert auftreten, sondern immer erst die Folge von sozialen Änderungen oder gewandelten Rechtsprinzipien sein.

II. Der Bedeutungswandel im staatskirchenrechtlichen Schrifttum

1. Die Begriffsbestimmung Konrad Hesses

Auf seiten der Koordinationslehre hat vor allem Hesse den Versuch unternommen, das Auslegungsverfahren dieser Lehre zu rechtfertigen und den Bedeutungswandel zu begründen¹. Er verwendet den Ausdruck in einem allgemeinen, die seinsmäßige Erscheinung beschreibenden Sinn, daß ein Verfassungssatz bei gleichbleibendem Wortlaut einen anderen Inhalt annimmt². In welchen Formen dies möglich und in welchen Grenzen es zulässig ist, erörtert er unter dem Stichwort einer Geltungsfortbildung geschriebenen Verfassungsrechts.

Er unterscheidet drei Formen der Geltungsfortbildung eines Verfassungssatzes: Inhaltswandel von Komplementärbegriffen; Änderung des systematischen Zusammenhangs; Wandel der geschichtlichen Geltungsbedingungen, des "soziologischen Moments"³. In die letzte Gruppe fällt nach Hesses Ansicht der Bedeutungswandel des Art. 140 GG⁴.

2. Die Begriffsbestimmung in der übrigen Literatur

In der übrigen staatskirchenrechtlichen Literatur der 50er Jahre wird der Ausdruck nicht näher definiert oder erläutert. Es ist daher nicht leicht zu ermitteln, welche Bedeutung ihm beigelegt wird. Ein ungefähres Bild läßt sich zunächst im Rückschluß aus den Folgerungen gewinnen, die aus dem Begriff gezogen werden.

¹ Dabei weist er mit Recht darauf hin, daß die verfassungsrechtliche Relevanz der neuen tatsächlichen Entwicklung keineswegs so selbstverständlich ist, wie in der Literatur allgemein angenommen wird; Rechtsschutz, S.28.

² Rechtsschutz, S.28 f.

³ Rechtsschutz, S.29 f.

⁴ Entgegen dem ersten Eindruck wird der Ausdruck hier nicht in seinem rechtstechnischen Sinn verwendet. Denn Hesse geht bei der Beurteilung eines möglichen Bedeutungswandels von einer seit 1919 ununterbrochenen Geltung der Kirchenartikel aus, Rechtsschutz, S.34 u. passim; die Vorschriften sind jedoch 1949 durch einen eigenständigen politischen Willensakt ins GG aufgenommen und damit sozusagen neu geschrieben worden, Schließ, Diss., S.142; Schick, AöR 94, 379. Für einen Bedeutungswandel der übernommenen Kirchenartikel können daher nur die unter dem GG aufgetretenen Veränderungen beachtlich sein.

Den ersten Schritt tut die Lehre noch einheitlich: die Weimarer Kirchenartikel können nicht den normativen Sinngehalt der älteren Periode erneuern, sondern müssen auf dem Boden der gewandelten tatsächlichen Verhältnisse verstanden und neu interpretiert werden¹.

Bei den weiteren Folgerungen finden sich zahlreiche Abweichungen und Widersprüche.

v.Mangoldt hielt es noch für notwendig, bei der Auslegung "immer wieder auf die unter der WeimRV entwickelten Grundsätze zurückzugreifen, wie sie insbesondere bei Anschütz ... niedergelegt sind"². Nach Holtkotten lassen sich rechtliche Bedeutung und Tragweite der Art.136 ff. WRV nicht richtig ermessen, "wenn ihre Auslegung primär aus dem Blickpunkt der früheren Reichsverfassung erfolgen ... würde"³. Smend⁴ und Hesse⁵ schließlich sehen in der staatskirchenrechtlichen Lage nach 1945 "etwas grundsätzlich Neues und Anderes gegenüber der Weimarer Verfassung". Die neue Phase lasse sich mit den herkömmlichen Begriffen nicht mehr fassen. Vielmehr habe angesichts der 1945 einsetzenden Entwicklung die überkommene Begriffsbildung überhaupt versagt⁶.

Dasselbe gilt nach verbreiteter Meinung auch für die herkömmliche Methode. Es sei ein Irrtum, so wird betont,

¹ Vgl. die Nachweise S.30 FN 1.

² Komm., Anm.2 zu Art. 140.

³ BK, Art.140 Erl. II 2.

⁴ ZevKR 1,10.

⁵ ZevKR 3, 190; 4,418; ebenso Köttgen, DVBl. 1952, 485 f. und Mikat, Kirchen, S.138.

⁶ So auch W.Weber, VVDStRL 11, 171 und Mikat, Kirchen, S.145.

"wenn man in diesem Sinnwandel (scil. der Art.136 ff WRV) nur einen Vorgang erblicken wollte, der mit den üblichen Mitteln juristischer Interpretationsmethodik bewältigt werden könnte"¹.

Demgegenüber bejaht eine Minderheit eine neue Sinngebung der Regelungen nur insoweit, als diese im Wege herkömmlicher juristischer Auslegungsmethoden gewonnen werden könne².

Unterschiedlich werden auch die Grenzen des "Bedeutungswandels der Weimarer Kirchenartikel" beurteilt. Holtkotten hält unter dem Grundgesetz den Passus "innerhalb der Schranken" in Art.137 Abs.3 WRV schlechterdings für unanwendbar³. Hesse widerspricht dem entschieden. Zwar könne der Passus aufgrund der veränderten staatskirchenpolitischen Verhältnisse im Rahmen des Sinnzusammenhangs des GG neu auszulegen sein. Die neue Auslegung dürfe jedoch nicht an dem Wortlaut des Rechtssatzes vorbeigehen⁴.

Der Überblick macht zweierlei deutlich: die Folgerungen aus dem Bedeutungswandel differieren, ja widersprechen sich zum Teil; und einige Folgerungen gehen so weit, daß sie von dem Bedeutungswandel im herkömmlichen Sinn nicht mehr gedeckt werden.

Mit welchem Inhalt die einzelnen Interpreten die Formel ausfüllen, läßt sich somit nur noch im Rückgriff auf die Gründe feststellen, die sie für den Bedeutungswandel anführen. Nach diesen Gründen ist im folgenden zu suchen. Sie sollen kritisch daraufhin geprüft werden, ob sie die Neuinterpretation der Art.136 ff.WRV zu rechtfertigen vermögen. Das Ergebnis dürfte zugleich helfen, das Argument vom "Bedeutungswandel der Weimarer Kirchenartikel" aufzuhellen.

¹ Grundmann, JZ 1966, 81.

² Vor allem Klein, Rechtsgutachten, S.222 ff.; ihm folgend Schlieff, Diss., S.132 ff.

³ BK, Art.140 Erl.II 3; im Anschluß an Holtkotten OVG Berlin, ZevKR 3, 200 (105).

⁴ Rechtsschutz, S.34; ebenso Scheven, ZevKR 4,168.

3. Teil : Analyse des Arguments vom Bedeutungswandel
=====

der inkorporierten Weimarer Kirchenartikel
=====

I. Bedeutungswandel durch die Inkorporation
der Art.136 ff. WRV ins Grundgesetz

1. Die Bewertung des Art. 140 GG in Literatur
und Rechtsprechung

Bei der Neuinterpretation der Kirchenartikel fehlt nur selten der Hinweis auf den geänderten systematischen Zusammenhang. Sinn und Zweck der Bestimmungen, so wird im Anschluß an den Schriftlichen Bericht des Abgeordneten v.Brentano¹ hervorgehoben, ergebe sich "nur aus der Tatsache ihrer Einbettung in das gesamte Wertsystem des Grundgesetzes, ihres Einbezogenenseins in den Rahmen der Gesamtentscheidung, dessen Ausdruck das Grundgesetz ist". Insbesondere seien die Art. 137 ff. WRV so auszulegen, daß sie im Einklang mit jenem "Wertsystem ganz spezifischer Sinnhaftigkeit" stehen, "wie es in den Grundrechten des GG verkörpert ist"².

Wie dieser Einklang herbeizuführen sei, erwies sich allerdings bald als umstritten. Schon in dem ersten Rechtsstreit über die Verfassungswidrigkeit der Erhebung einer Ortskirchensteuer von juristischen Personen nach dem badischen Ortskirchensteuergesetz standen sich zwei Ansichten gegenüber. Friedrich Klein vertrat den Standpunkt,

¹ S.73 des Schriftlichen Berichts zum XI. Abschnitt des GG.

² Statt aller: Mikat, Kirchen, S.138.

daß die Grundrechte als elementare Grundentscheidungen der Verfassung den staatskirchenrechtlichen Bestimmungen vorgehen¹. Demgegenüber war das BVerwG² der Ansicht, die übernommenen Vorschriften seien Grundrechtsartikel von gleichem Rang wie die Grundrechte³.

Im Anschluß an eine Entscheidung des BVerfG zur selben Frage⁴ ist der Meinungsstreit erneut aufgeflammt. Das BVerfG stellt fest, die inkorporierten Artikel seien zwar vollgültiges Verfassungsrecht von gleichem Rang wie die übrigen Vorschriften; sie hätten sich jedoch der Einheit des Grundgesetzes, vor allem der Wertordnung der Grundrechte einzufügen⁵.

Anhänger der Koordinationslehre haben hiergegen heftigen Widerspruch erhoben⁶. Sie konstatieren eine "Inflation

¹ Rechtsgutachten, S.223 f. Von diesem Ansatz her gelangte er zu dem Ergebnis, die Erhebung der Kirchenbausteuer von juristischen Personen habe noch in der WRV eine Rechtsgrundlage gefunden, verstoße aber unter dem GG u.a. gegen Art.4 Abs.1 GG.

² Urt.v. 1.8.1958, BVerwGE 7, 189.

³ BVerwG 7, 193: Sie seien zwar im Zusammenhang mit den sonstigen Grundrechtsartikeln auszulegen, die die gleiche oder eine ähnliche Materie behandeln. In Kollisionsfällen sei jedoch "nach dem (abgewandelten) Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung dahin zu entscheiden, daß nicht eine Vorschrift die andere verdrängt, sondern daß jeder Vorschrift ein Anwendungsbereich gewahrt bleibt". Art.4 Abs.1 GG erleide daher durch Art.137 Abs.6 iVm. Art.136 Abs.1 WRV iVm.Art.140 GG eine Einschränkung.

⁴ Urteil v.14.12.1965, BVerfGE 19, 206.

⁵ BVerfGE 19,220. Das Gericht leitet aus dem Neutralitätsprinzip den Grundsatz her, daß der Staat einer Religionsgesellschaft keine Hoheitsbefugnisse gegenüber Personen verleihen darf, die ihr nicht angehören, und qualifiziert diesen Grundsatz als Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung i.S. von Art.2 Abs.1 GG.

⁶ Vgl.Häberle, DVBl.1966, 216 (218) Anm.19 und JZ 1966, 384 (388) Anm.49; Hollerbach, AöR 92, 112; Scheuner, DÖV 1966, 149 FN 32.

des Art.4 GG", seine "falsche und sehr bedenkliche Aufblähung" und werfen dem BVerfG vor, es überbetone die Wertordnung des Grundgesetzes, insbesondere der Grundrechte, und degradiere dadurch Art.137 Abs.6 WRV zu einer Art "lex inferior" (Häberle).

2. Die Bedeutung der Inkorporation für die Auslegung der Art.136 ff WRV

Daß eine einzelne Verfassungsbestimmung nicht isoliert betrachtet und aus sich selbst heraus ausgelegt werden darf, ist in der juristischen Hermeneutik selbstverständlich. Die einzelnen Vorschriften greifen einander einschränkend, ergänzend oder bestärkend ineinander¹.

Aus dem Gesamtinhalt des GG lassen sich darüber hinaus einige Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen² erkennen, denen die übrigen Verfassungsbestimmungen untergeordnet sind. Diese müssen so ausgelegt werden, daß sie mit jenen elementaren Grundsätzen und -entscheidungen vereinbar sind³.

Ihre innere Rechtfertigung findet die Rangfolge der Rechtssätze in der Rangfolge der sozialen Werte, welche sie im Verkehr der Menschen untereinander zu schützen und zu verwirklichen suchen. Man kann insofern von einer Rezeption der sozialen Wertordnung durch das Recht sprechen⁴.

¹ Zur systematischen Methode s.Larenz, Methodenlehre, S.305 ff.

² Vgl.hierzu Wolff, VerwR I § 25 I u.II. Die Rechtsgrundsätze würden allerdings auch dann gelten, wenn sie nicht in der Verfassung zum Ausdruck gekommen wären.

³ Vgl.BVerfGE 19, 206 (220) unter Hinweis auf BVerfGE 1, 14 (32); 7,198 (205). Zur Rangordnung der Rechtssätze vgl.Wolff, a.a.O., S.26.

⁴ So Henkel, Rechtsphilosophie, S.254 ff.; ähnlich etwa Norbert Wimmer, Materiales Verfassungsverständnis. Ein Beitrag zur Theorie der Verfassungsinterpretation, Wien-New York 1971, S.39.

Überall in den Normen der positiven Rechtsordnung läßt sich der Niederschlag des sozialen Wertsystems erkennen. Das gilt vor allem für das Verfassungsrecht, das geradezu ein Spiegelbild der Haupt- und Leitwerte der Gesellschaft gibt¹. Man kann daher von der Verfassung als einem Wertsystem oder einer Wertordnung sprechen².

Ihren deutlichsten - wenn auch nicht alleinigen - Ausdruck findet die Wertordnung in den sozial-ethischen Leitwerten der Grundrechte. Der dort verankerte Grundsatz der Achtung der Menschenwürde und seine nähere Ausgestaltung in den folgenden Grundrechtsvorschriften ist Voraussetzung jedes geordneten, friedlichen und freiheitlichen Zusammenlebens einer Vielheit von Menschen und nimmt daher im Gefüge der Verfassungsbestimmungen höchsten Rang ein.

Gegen eine teleologisch-wertende Auslegungsmethode, die dem Vorrang der Grundrechte Rechnung trägt, hat allerdings Ernst Forsthoff scharfe Kritik erhoben³. Er lehnt sie

¹ Henkel, Rechtsphilosophie, S.254.

² So z.B. Maunz, Staatsrecht, S.53 f. mit einem Überblick über die Rspr. des BVerfG; ebenso Dürig in Maunz-Dürig-Herzog Art.1 Abs.1 RN 5 ff. Zu Unrecht unterstellt Hesse, Grundzüge, S.126 f. dem BVerfG, es nehme zwei Wertsysteme - ein allgemeines und eins der Grundrechte - an, worin in der Tat "entweder ein Widerspruch oder eine offenkundige Fehldeutung oder die Behauptung eines Systempluralismus" läge. Wenn das Gericht jedoch von "den elementaren Grundsätzen des Grundgesetzes, insbesondere den Grundrechten, und seiner Werteordnung" (BVerfGE 19,220) spricht, so geht es doch erkennbar nur von einem einheitlichen, durch die ganze Verfassung aufgerichteten Wertsystem aus, in dem die Grundrechte nur deshalb hervorgehoben werden, weil ihnen als allgemeinen Rechtsgrundsätzen der höchste Rang zukommt. - Zum Angriff, der von Anhängern der problemorientierten Gesetzesauslegung gegen den herkömmlichen Systemgedanken geführt wird, siehe etwa Theodor Viehweg, Topik und Jurisprudenz, 3.Aufl., München 1965, S.16 f., Ehmke, VVDStRL 20,55 und Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S.114 ff.

³ Zuerst in: Schmitt-Festschrift, S.35 ff.; sodann in: Problematik der Verfassungsauslegung; vgl. ferner "Introvertierter Rechtsstaat" in "Rechtsstaat im Wandel", 1964, S.213 ff. - Die Abhandlung in der Schmitt-Festschrift hat Alexander Hollerbach kritisch besprochen, "Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung?" in AöR 85 (1960), 241 ff.

als "geisteswissenschaftlich" und "unjuristisch" ab; sie führe die politische Ordnung auf eine Wertordnung zurück, die sich nicht hinreichend deutlich bestimmen lasse. Ein Wertsystem bezeichne "eine geistige Dimension", aber keine solche, die im Bereich juristischer Norminterpretation ihre Stelle haben könnte"¹.

Es ist Forsthoff zuzugeben, daß einige der von ihm aufgezeigten Gefahren durchaus bestehen². Der generelle Angriff gegen die Anwendung der "geisteswissenschaftlichen" Methode geht indessen zu weit³. Die Gesetzesanwendung

¹ Schmitt-Festschrift, S.40: Die Grundrechte stellten kein System dar, sondern setzten lediglich dem Staat Grenzen zum Schutze bestimmter Individualfunktionen, die unter konkreten historischen, noch heute geltenden Voraussetzungen besonders schutzwürdig erschienen seien. Schon die Substituierung der Vorstellung eines Systems für die Auslegung der Grundrechte sei somit außergesetzlich und außerjuristisch; erst recht aber sei es die des Wertes (S.41). Die Jurisprudenz vernichte sich selbst, wenn sie nicht unbedingt daran festhalte, daß Gesetzesauslegung "die Ermittlung der richtigen Subsumtion im Sinne des syllogistischen Schlusses" sei (S.41). Der "geisteswissenschaftlich-werthierarchischen" Methode der Verfassungsinterpretation setzt Forsthoff die traditionellen Regeln der jur. Hermeneutik entgegen, wie sie vor allem Savigny dargelegt habe. Nur so werde der auf rationale Evidenz und Stabilität hin angelegten "Gesetzesform der Verfassung" Rechnung getragen. Mit dem Übergang zu einer am Wert orientierten Auslegungsmethode habe das Verfassungsgesetz "in relativ kurzer Zeit in relativ hohem Maße an Rationalität, also an Evidenz verloren" (S.51). Entformalisierung des Verfassungsrechts und Entfaltung des Justizstaates gingen dabei Hand in Hand (S.60). Während nach rechtsstaatlicher Auffassung der Interpret "unter der Verfassung" stehe, erhebe sich der Richter, der die Verfassung auf eine ihr von ihm unterlegte Wertordnung hin interpretiere, heute mehr und mehr zum "Herrn der Verfassung" (Problematik der Verfassungsauslegung, S.33).

² Insbesondere sollte die Gefahr der Auflösung des Verfassungsbaus in bloße Kasuistik ernst genommen werden. Vgl. hierzu Larenz, Methodenlehre, S.144, und Badura, EvStL, 2350.

³ Ablehnend z.B. Larenz, a.a.O.; Badura, a.a.O.; Maunz, Staatsrecht S.54; Hesse, Grundzüge, S.22; Ehrke, VVDStRL 20,64; Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S.47 ff., 67 ff.; Müller, Juristische Methodik, S.54 ff.

erschöpft sich nicht in der Subsumtion, sondern verlangt von dem Anwender in weitem Umfang Wertungen. Das gilt in besonderem Maße im Verfassungsrecht. Noch weniger als in anderen Rechtsgebieten kann verfassungsrechtliches Urteilen ein bloßer Erkenntnisvorgang sein, sondern muß Elemente werterfüllter Würdigung des politischen und gesellschaftlichen Lebens und willensmäßige Entscheidung enthalten¹. Verfassungsauslegung ist Mitgestaltung und Formung des Verfassungslebens.

Im übrigen wird die "geisteswissenschaftliche" Methode vom Grundgesetz selbst inspiriert. Es trägt deutlich liberale Züge², was sich vornehmlich darin ausdrückt, daß es den Grundrechten im Vergleich zur WRV erheblich verstärkte Geltungskraft zuspricht³. Die von der "geisteswissenschaftlichen" Methode vorausgesetzte und verwirklichte Wertordnung entspricht aber eben dieser liberalen Staatsvorstellung.

Bedient man sich nun der "geisteswissenschaftlichen" Methode, so bedeutet das für die Auslegung der Art.136 ff. WRV: da die Kirchenartikel - mit Ausnahme des Grundsatzes der Trennung von Staat und Kirche - nach verbreiteter und wohl auch zu billigender Meinung nicht zu den elementaren Grundsätzen und Grundentscheidungen des GG zählen, müssen sie so ausgelegt werden, daß sie mit jenen, insbesondere des Grundrechten vereinbar sind⁴.

¹ Vgl.Maunz, Staatsrecht, S.53.

² Das liberale Verfassungsdenken sieht in der Verfassung in erster Linie ein "Instrument der Kontrolle des Machtprozesses", ein System von Rechtsregeln, durch das die Ausübung von Staatsgewalt wirksam beschränkt wird. Vgl.Badura, EvStL, 2352 ff.

³ Vgl.im einzelnen v.Mangoldt/Klein, Vorbemerkungen B III 4.

⁴ So etwa Klein, Rechtsgutachten, S.220; Schlieff, Diss. S.132 ff.; BVerfGE 19, 206 (220).

Für eine aufgewertete Stellung der Kirchen im Staat läßt sich daraus allerdings nichts herleiten. Im Gegenteil: das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die Glaubens- und Gewissensfreiheit (im Sinne der negativen Glaubensfreiheit) wirken geradezu gruppenfeindlich¹. Das kann nach den Kirchensteuer-Urteilen des BVerfG keinem Zweifel mehr unterliegen².

II. Bedeutungswandel durch die nach 1949 geschlossenen Kirchenverträge

1. Der Inhalt der Verträge und seine Würdigung durch das staatskirchenrechtliche Schrifttum

Als gewichtigstes Argument für das neue Rechtsverhältnis zwischen Staat und Kirche werden die nach 1949 geschlossenen Kirchenverträge angeführt³.

Der erste und in seiner Bedeutung immer wieder hervorgehobene Vertrag ist der des Landes Niedersachsen mit den Evangelischen Landeskirchen in Niedersachsen vom 19. März 1955 (Loccumer Vertrag)⁴. Ihm sind die späteren Verträge

¹ Ebenso Schick, AöR 94, 380.

² Die beiden weiteren Leitentscheidungen vom 14.12.1965 (neben der bereits zitierten BVerfGE 19, 206 sind das BVerfGE 19, 226 und 268) verbieten bezüglich glaubensverschiedener Ehen die Heranziehung des konfessionslosen Ehegatten zur Kirchensteuer. Insbesondere wird erklärt, der im deutschen Staatskirchenrecht übliche Halbteilungsgrundsatz verletze Art. 2 Abs. 1 GG. Nach diesem Grundsatz wird die Kirchensteuer nach der Hälfte der zusammengerechneten Einkommensteuer der Ehegatten erhoben.

³ S. statt aller: Hesse, JÖR 10, 29 ff., der einen ausführlichen Überblick über die bis 1960 geschlossenen Verträge gibt, und Scheuner, StL III, 171 ff.; ders., ZevKR 7, 261: Die Kirchensteuerverträge sind das Hauptstück neuer rechtlicher Entwicklung seit 1945.

⁴ Abgedruckt in JÖR 10, 81 ff.

im wesentlichen nachgebildet¹.

Ihr Anliegen besteht hauptsächlich darin, die Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Kirche zu vereinfachen, zu vereinheitlichen und zeitgemäß zu gestalten². Dabei stehen die finanziellen Beziehungen im Vordergrund: Einzelbestimmungen auf dem Gebiet des Vermögens-, Dotations-, Kirchensteuer-, Baulast- und Grundstücksrechts werden vereinfacht und den neuen Verhältnissen angepaßt³. Bedeutsam ist daneben, daß die im preußischen evangelischen Kirchenvertrag von 1931⁴ verankerten staatlichen Aufsichts-

¹ Das sind: Kirchenvertrag zwischen dem Land Schleswig-Holstein und den evangelischen Landeskirchen in Schleswig-Holstein v.23.April 1957 (Kieler Vertrag); Vertrag des Landes Hessen mit den Evangelischen Landeskirchen in Hessen v.18.Februar 1960 (Hessischer Kirchenvertrag); Vertrag der Evangelischen Landeskirchen in Rheinland-Pfalz mit dem Lande Rheinland-Pfalz v.31.März 1962 (Mainzer Kirchenvertrag).

Im Gegensatz hierzu enthält der Vertrag des Landes NRW mit der Lippischen Landeskirche v.6.März 1958 im wesentlichen nur eine Wiederholung der Bestimmungen des Preußischen Kirchenvertrages von 1931.

Die Verträge sind abgedruckt in den Textsammlungen von W.Weber, Konkordate und Kirchenverträge und H.Weber, Staatskirchenverträge, 1967.

² Das wird in den Begründungen aller Landtage zu den Vertragsgesetzen nachdrücklich hervorgehoben; s.dazu die Nachweise bei Hesse, JÖR 10, 33 FN 37.

³ Grundmann, EvStL, 2384.

⁴ Vertrag des Freistaats Preußen mit den Evangelischen Landeskirchen vom 11.Mai 1931, abgedruckt bei W.Weber, Konkordate und Kirchenverträge, S.168 ff.

rechte an vier Stellen aufgegeben oder beschränkt werden¹.

Darüber hinaus wird in mehreren Regelungen das beiderseitige Zusammenwirken der Vertragsschließenden vereinbart². Ohne Vorbild ist schließlich die Abrede, in regelmäßigen Begegnungen die Beziehungen zu vertiefen (Art. 2 Abs. 1 NKV).

Wer im staatskirchenrechtlichen Schrifttum aus den Einzelbestimmungen der Verträge nur Ansätze zu neuen staatskirchenrechtlichen Anschauungen herauszulesen vermag³, verweist umso nachdrücklicher auf die Präambeln: sie sollen eine ausdrückliche Neuformierung staatskirchenrechtlicher Ordnung enthalten⁴.

- ¹ 1. Eine politische Unbedenklichkeitserklärung des Staates wird zwar bei der Besetzung leitender geistlicher Ämter beibehalten; ausgenommen werden jedoch die Fälle der Synodalwahl (Art. 7 Abs. 1 NKV). Für Meinungsverschiedenheiten ist eine gemeinsam bestellte Feststellungskommission vorgesehen (Art. 7 Abs. 2 NKV).
2. Das im preußischen Kirchenvertrag von 1931 verankerte Einspruchsrecht gegen kirchliche Gesetze und Verordnungen über die Ordnung der kirchlichen Vermögensverwaltung wird beschränkt auf den Fall, daß die Vorschriften eine geordnete Vertretung in den vermögensrechtlichen Angelegenheiten nicht gewährleisten (Art. 10 Abs. 1 NKV).
3. Bei der Bildung und Veränderung von Gemeinden und öffentlich-rechtlichen Verbänden der Kirche kann der Staat nur noch Bedenken vortragen (Art. 11 Abs. 1 NKV); Art. 4 des preußischen Staatsgesetzes betreffend die Kirchenverfassungen von 1924 sah hierfür noch eine staatliche Genehmigung vor.
4. Das Recht der Patronate wird, soweit es staatliches Recht ist, aufgehoben (Art. 21 NKV).
- ² Einvernehmen bei der Ernennung der evangelischen Universitätsprediger (Art. 3 Abs. 3 NKV); Vereinbarung für den evangelischen Religionsunterricht an öffentl. Schulen (Art. 5 NKV); Einvernehmen bei der Bestellung von Anstaltsseelsorgern (Art. 6 NKV).
- ³ Scheuner, ZevKR 7, 266.
- ⁴ Scheuner a.a.O., S. 267; ders. StL III, 176; Hesse, JÖR 10, 33 f.; Conrad, Öffentlichkeitsauftrag, S. 128 räumt der Präambel des NKV für das Verhältnis von Staat und Kirche den gleichen qualitativen Rang ein wie Art. 1 GG im Rahmen der Grundrechtsordnung des GG.

Nach ihren Eingangsformeln sind die Verträge geschlossen worden "im Bewußtsein der gemeinsamen Verantwortung", "geleitet von dem Wunsche, das freundschaftliche Verhältnis zwischen Land und Landeskirche zu festigen und zu fördern", im Geiste einer "freiheitlichen Ordnung des Verhältnisses von Staat und Kirche" und in "Übereinstimmung über den Öffentlichkeitsauftrag der Kirchen und ihrer Eigenständigkeit".

Aus diesen Formulierungen in Verbindung mit dem teilweisen Abbau staatlicher Aufsichtsrechte schließen zahlreiche Autoren, die Kirchenverträge hätten die verfassungsrechtliche Ordnung des staatskirchenrechtlichen Verhältnisses modifiziert und korrigiert¹. Sie klärten die neue Lage, die durch die Rezeption des Weimarer Staatskirchenrechts im GG verfälscht worden sei². Der Freiheits- und Selbständigkeitsbegriff der Verfassung werde neu bestimmt³ und hinsichtlich der Parität "eine gewisse Korrektur des Textes des Art. 137 WV" bewirkt: der egalitäre und nivellierende Zug in der Gleichbehandlung von Kirchen und Religionsgesellschaften werde beseitigt⁴.

¹ Conrad, Öffentlichkeitsauftrag S. 128; Grundmann, BayVBl. 1962, 37 FN 58 und Informationsblatt 1961, 104; vgl. auch Smend, JZ 1956, 50; Scheuner, ZevKR 7, 261; Korte, JÖR 5, 144; v. Campenhausen ZevKR 13, 215. Ablehnend: Quaritsch, Der Staat 1962, 300 FN 104 und Obermayer, DÖV 1967, 14 f.

² So Müller, DÖV 1955, 422 für den NKV.

³ Smend, JZ 1956, 52.

⁴ Grundmann, Informationsblatt 1961, 104.

2. Die rechtliche Bewertung der Kirchenverträge

a. Die rechtliche Tragweite der Normierungen

Dem Inhalt der Verträge "grundsätzliche Bedeutung für die Weiterbildung und Festigung der staatskirchenrechtlichen Lage" beizumessen¹, erscheint nicht gerechtfertigt. Eine solche Bewertung läßt die zahlreichen bewahrenden Elemente in den Verträgen außer acht. Erklärermaßen bauen sie auf den geschichtlichen Grundlagen des bisherigen Rechts auf: die durch die Weimarer Verfassung gebotene freiheitliche Ordnung des Verhältnisses von Staat und Kirche soll fortgeführt werden². Der Preußische Kirchenvertrag von 1931 bleibt in Kraft; er wird nicht ersetzt, sondern nur fortgebildet und neugefaßt.

Soweit neugeordnet wird, geschieht das hauptsächlich deshalb, um die Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Kirche zu vereinfachen, zu vereinheitlichen und auf den neuesten Stand zu bringen. Das alles trägt den Charakter einer "großen verwaltungs- und rechtstechnischen Entwürpelung" von bürokratischer Hemmung und nutzloser Verwaltungsarbeit³, nicht mehr und nicht weniger.

Wenn darüber hinaus aus der Entflechtung und Entbürokratisierung die "Herstellung und Bestätigung der Unabhängigkeit und Selbständigkeit der Kirchen" hergeleitet wird⁴, so ist dem entgegenzuhalten, daß sich die

¹ Smend, JZ 1956, 51; Hesse, JöR 10, 33 ff.

² Vgl. Präambel des Loccumer Vertrages; ferner Korte, JöR 5, 145.

³ So Smend, JZ 1956, 51 und Hesse, JöR 10, 33, im Anschluß an die Regierungsbegründung zu dem Vertrag, s. W. Weber, Konkordate und Kirchenverträge, S. 221.

⁴ So Hesse a.a.O.

rechtliche "Unabhängigkeit und Selbständigkeit" schon aus Art. 137 Abs. 1 u. 3 WRV i.V.m. Art. 140 GG ergibt¹. Die Vereinbarungen setzen lediglich den von der Verfassung gebotenen Rechtszustand in die Tat um, indem sie die verwaltungstechnischen und wirtschaftlichen Folgerungen aus ihm ziehen; sie begründen hierdurch nicht die rechtliche Selbständigkeit der Kirchen, sondern setzen sie voraus.

Ebensowenig wirken die Vertragsbestimmungen konstitutiv, in denen sich die Länder verpflichten, "der Freiheit, den evangelischen Glauben zu bekennen und auszuüben, den gesetzlichen Schutz" zu gewähren², und in denen sie der evangelischen Kirche das Recht einräumen, ihre Angelegenheiten innerhalb des für alle geltenden Gesetzes zu ordnen und zu verwalten³. Solche, den Verfassungswortlaut wiederholenden oder umschreibenden Vertragsbestimmungen sind bloße Deklarationen⁴. Wenn hierin die konstitutive Anerkennung der Verbindlichkeit des für alle geltenden Gesetzes durch die Kirchen "als Voraussetzung der staatlichen Anerkennung ihrer Unabhängigkeit und ihres öffentlichen status" gesehen wird⁵, so ist das nicht nur "unbeweisbare Konstruktion" (Quaritsch), sondern bedeutet im Ergebnis die Aufgabe der souveränen Stellung des Verfassungsgebers gegenüber Staat und Kirchen. Diese erweist sich gerade in der Fähigkeit, den Bereich der gemeinsamen Angelegenheiten auch gegen den

¹ BVerfG, Beschl. v. 17.2.1965, BVerfGE 18, 385 (386): "Die von der Verfassung anerkannte Eigenständigkeit und Unabhängigkeit der kirchlichen Gewalt ...".

² z.B. Art. 1 Abs. 1 NKV.

³ z.B. Art. 1 Abs. 2 NKV.

⁴ Ebenso Quaritsch, Der Staat 1962, 301.

⁵ Hesse, Rechtsschutz S. 75; Ridder, StL IV, 1025.

Willen der Religionsgemeinschaften zu bestimmen und zu gestalten¹. Die Geltung der Verfassung ist unabhängig von der Anerkennung der Kirchen oder irgendeiner partnerschaftlichen Einigung².

Natürlich sind unbestreitbare Ansätze zu neuen Formen der Zusammenarbeit in den Verträgen enthalten, so die Abrede, die gegenseitigen Beziehungen zu vertiefen (Art. 2 Abs. 1 NKV).

Sie vermögen jedoch nicht ein neues koordinationsrechtliches System zu begründen. Denn nicht der Koordination als Rechtsprinzip verschaffen sie Geltung, sondern der Kooperation als Verwaltungsmittel³. Sie sind nur ein Anzeichen der grundlegend veränderten Formen- und Methodenwahl des Staates: zur eigenen Entlastung läßt er Kirchen wie gesellschaftliche Gruppen an Verwaltungsaufgaben teilhaben. Ein vergleichbarer Vorgang ist die zunehmende Verdrängung des Verwaltungsakts durch den öffentlich-rechtlichen Vertrag⁴.

Hier wie dort liegen die Ursachen in einem Rückzug des Staates in der Nachkriegszeit. Die Idee des totalen Staates, der alle Lebensbereiche zu beherrschen sucht, ist umgeschlagen in die Idee eines Staates, der sich bemüht, mit einem Mindestmaß an Zwangsrechten auszukommen⁵.

¹ Zur Bedeutung der Souveränität und den aus ihr zu ziehenden Folgerungen ausführlich Quaritsch, Der Staat 1962, 178 ff. und Zippelius, ZevKR 9, 42 ff.

² Unberücksichtigt bleiben können hier die Fragen, die sich bei einer Kollision von nachträglichen Verfassungsänderungen mit bestehenden Staatskirchenverträgen ergeben. Hierzu ausführlich Quaritsch, Festschrift für Schack, S. 125 ff. mit Nachweisen S. 128 FN 26; vgl. ferner Obermayer, DÖV 1967, 14 ff. und Hollerbach, Verträge S. 148 ff.

³ Quaritsch, Der Staat 1962, 303 f.; neuerdings im Ergebnis ebenso Maunz, Staatsrecht S. 163

⁴ Vgl. Einzelbegründung des Musterentwurfs eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (1963) S. 185 ff.

⁵ Thieme, DVBl. 1955, 274.

Er erweitert so den Kräften der Gesellschaft den Raum, in dem sie sich frei entfalten können¹.

Wenn mithin in den Verträgen an die Stelle der strengen Ausübung von Hoheitsbefugnissen und autoritativer Entscheidung Verständigung und Zusammenarbeit getreten sind, hindert das durchaus nicht, hierin einen Ausdruck des Trennungsgedankens des Art.137 Abs.1 WRV zu sehen².

Die liberale Linie der WRV wird weiter ausgezogen - allerdings unter Beachtung der Eigenart einer von vielfältigen und oftmals widerstreitenden Zielen getriebenen, sich aus zahllosen Gruppen zusammensetzenden Massengesellschaft, in der der Staat auf eine omnipotente Verwaltung verzichten muß und im Interesse des allgemeinen Friedens auf die Zusammenarbeit, Hilfe und Mitverantwortung der mächtigsten Gesellschaftsgruppen angewiesen ist³.

b. Die juristische Verwertbarkeit der Präambeln

Dieser Folgerung begegnet die Literatur mit dem Hinweis auf die Präambeln. Wenn dort von "der gemeinsamen Verantwortung" für die Bevölkerung gesprochen und der Wunsch hervorgehoben werde, "das freundschaftliche Verhältnis

¹ J.H.Kaiser hat diesen Vorgang als Desintegration, als Distanzierung der Gesellschaft vom Staat bezeichnet, Festschrift für Carl Schmitt, 1959, S.78; vgl. auch Mikat, Kirchen, S.143.

² Hierfür spricht auch die Regierungsbegründung der Landtagsvorlage des NKV, die mit dem Vertrag "die Entwicklung zu einer freiheitlichen Ordnung des Verhältnisses von Staat und Kirche abschließen" wollte; vgl. den Nachweis bei Smend, JZ 1956, 51.

³ Quaritsch, Der Staat 1962, 302 f. weist mit Recht darauf hin, daß nicht nur den Kirchen stärkerer Einfluß auf öffentliche Institutionen eingeräumt wird: dasselbe gilt für die profanen Repräsentanten der Gesellschaft wie Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände und Parteien.

zwischen Land und Landeskirche zu festigen und zu fördern", so dokumentiere sich darin eine "neue Nähe von Staat und Kirche und ein anderer Freiheitsgedanke als der liberalen Trennungsdenkens"¹.

Die juristische Verwertbarkeit der "herkömmlich mit eloquenter Courtoisie" durchwirkten Präambeln² unterliegt jedoch Bedenken. Es fehlt ihren Formulierungen an hinreichend normativem Gehalt, um Rechtswert zu besitzen³. Sie treffen Aussagen über das bei Vertragsschluß herrschende politische Vertrauensverhältnis der Vertragspartner, vielleicht noch über gemeinsame kirchenpolitische Zielvorstellungen. Man kann sie jedoch kaum als Bestandteil staatskirchenrechtlicher Ordnung werten⁴.

Das wird an dem in den Präambeln aller Verträge geäußerten Wunsch deutlich, das freundschaftliche Verhältnis zwischen Land und Landeskirchen zu festigen und zu fördern. Angesichts seines kaum greifbaren rechtlichen Inhalts ist schwer einzusehen, warum er "die in manchem Bedacht zukunftsreichste Formulierung des (scil. Loccumer) Vertrages" sein⁵ und "eine neue Nähe von Staat und Kirche" belegen soll⁶, zumal die gleiche Formulierung

¹ Hesse, JöR 10, 34; Smend, JZ 1956, 51.

² Quaritsch, Der Staat 1962, 303.

³ Ähnlich Mikat, Das Verhältnis von Kirche und Staat im Lande Nordrhein-Westfalen in Geschichte und Gegenwart. Köln, Opladen 1966, S.42.

⁴ Eine Parallele zur Präambel des GG läßt sich nicht ziehen. Dieser fehlt schon, weil kein Vertragsschluß vorliegt, der Anlaß zum Austausch von Höflichkeiten. Im übrigen kommt auch ihr "vor allem politische" und nur auf das Einheitsziel beschränkte rechtliche Bedeutung zu, BVerfG Urt.v.17.8.1956, BVerfGE 5, 127.

⁵ Scheuner, ZevKR 6, 23.

⁶ Hesse, JöR 10, 34.

schon einmal - in der Präambel des Reichskonkordats vom 20 Juli 1933 - ¹ "ohne Zukunft" geblieben ist.

c. Die Bedeutung der Tatsache des Vertragsschlusses

Da die behauptete "grundsätzliche Tragweite" der Kirchenverträge weder in den Normierungen noch im Sprachgebrauch voll zutage tritt², kann sie sich nur noch aus der Tatsache des Vertragsschlusses als solcher ergeben.

Ihr wird in der Tat weitgehende Bedeutung beigelegt. Nach Auffassung der Koordinationstheorie setzt das Vertragskirchenrecht die Absage an eine Überordnung des Staates über die Kirchen und umgekehrt voraus³. Mit dem Abschluß von Konkordaten und Kirchenverträgen verwirklicht sich demzufolge zugleich das System der Gleichberechtigung.

Dieser Schluß ist freilich nur vom Standpunkt der Koordinationslehre zwingend: er setzt die Annahme voraus, daß im Streitfall Staat und Kirche nur die beiden Möglichkeiten der amicitialis compositio und des offenen Kulturkampfes zur Verfügung stehen.

¹ RGBI. II S. 679, abgedruckt bei W. Weber, Konkordate und Kirchenverträge, S. 14: "... von dem gemeinsamen Wunsch geleitet, die ... bestehenden freundschaftlichen Beziehungen zu festigen und zu fördern".

² Das gesteht auch Smend, JZ 1956, 52 ein.

³ Grundmann, EvStL, 2378; ders. BayVBl. 1962, 35: Die Verträge "bauen auf der Ebenbürtigkeit von Kirche und Staat auf". Ähnlich D. Pirson, Festgabe für H. Liermann, Erlangen 1964, S. 185 ff. und Scheuner, DÖV 1966, 146 Anm. 9, die davon ausgehen, daß die Kirchen dem Staat im Vertrag nicht als unterworfenen Körperschaft begegnet, sondern als jenseits der weltlichen Ordnung stehende unabhängige Gemeinschaft. Vgl. auch Maunz, Staatsrecht S. 162

Einseitig gesetztes Staatskirchenrecht ist jedoch weder illegal noch schlechthin unvollziehbar¹ geworden. So wenig das Grundgesetz eine Vertragssperre für den gemeinsamen Interessenbereich von Staat und Kirche auf- richtet, so wenig verbietet es einseitige staatliche Regelungen und Grenzziehungen². Es bleibt dem Staat unbe- nommen, die seiner Rechtssetzungskompetenz unterliegen- den Gegenstände des traditionellen Staatskirchenrechts ein- seitig zu ordnen. Der Weg einer vertraglichen Einigung ist zwar in jedem Fall möglich, aber nicht rechtsnotwendig³. Ob der Staat das Gesetz oder den Vertrag bevorzugt, wird von seiner Einschätzung der jeweiligen politischen Lage abhängen. Dabei wird er allerdings im allgemeinen von der Erkenntnis ausgehen, daß er seine Zwecke reibungsloser durch Paktieren als durch Befehlen erreichen kann.

d. Die Unterordnung der Kirchenverträge unter die Verfassung

Wählt der Staat den Vertragsschluß als das im gegebenen Fall tauglichere Ordnungsinstrument, muß er darauf achten, daß die Vereinbarung im Einklang mit der Verfassung steht. Sie muß über die Einhaltung der Kompetenz- und Verfahrens- ordnung hinaus inhaltlich mit der Verfassung vereinbar

¹ So aber Hesse, Rechtsschutz, S.62.

² So auch Hollerbach, Verträge, S.126/127.

³ Vgl. hierzu Obermayer, DÖV 1967, 14. A.A.Hollerbach, Verträge, S.126 ff., der aus der allgemeinen Frieden- wahrungspflicht des Staates eine Rechtspflicht zur Eini- gung mit den Kirchen herleitet. Dem sind mit Obermayer, a.a.O. FN 55, die Vorgänge beim Abschluß des Nieders. Konkordats entgegenzuhalten. Sie haben bewiesen, daß in einer konfessionell und weltanschaulich differen- zierten Gesellschaft der Abschluß eines Vertrages zwischen Staat und Kirche gerade jene Atmosphäre des "Kultur- und Kirchenkampfes" herbeiführen kann, die Hollerbach zu vermeiden wünscht.

sein. Ein Vertrag, der "mißverständliche" Entscheidungen des Verfassungsgebers "korrigieren" und "Fehlentscheidungen beiseiteschieben", also vom GG abweichen will, ist zumindest in diesen Punkten nichtig¹.

Das folgt daraus, daß sich die Vertragspartner nicht zu etwas rechtlich Unmöglichem verpflichten können². Wären die am Vertragsschluß beteiligten staatlichen Organe (Regierung und Parlament) nicht an die Verfassung gebunden, würde diese zur Disposition des einfachen (Vertrags-) Gesetzgebers gestellt³.

Selbst wenn sich daher in den Staatskirchenverträgen der Nachkriegszeit Vorschriften fänden, die den verfassungsrechtlich gesteckten Rahmen überschreiten, so wären diese Bestimmungen nichtig⁴. Einen Inhaltswandel der Art. 136 ff. WRV iVm. Art. 140 GG können die Verträge jedenfalls nur insoweit herbeigeführt haben, als sich die neue Interpretation im Rahmen des möglichen Wortsinns der Verfassung hält⁵.

¹ Ebenso Hollerbach, Verträge S. 131 und Obermayer, DÖV 1967, 15: "... die Verfassung als die oberste Grundordnung des Staates unterwirft auch das Kirchenvertragsrecht ihren Normierungen."

² Hollerbach a.a.O.

³ Quaritsch, Der Staat 1962, 303.

⁴ Einen Überblick über Fälle, in denen die anfängliche inhaltliche Vereinbarkeit von Vertragsrecht und Verfassungsrecht akut geworden ist, gibt Hollerbach, Verträge S. 135 ff.

⁵ So kann beispielsweise durch den vertraglichen Abbau staatlicher Aufsichtsrechte die Vereinbarung von Zusammenarbeit und die Anerkennung des kirchlichen Öffentlichkeitsanspruchs der Freiheits- und Selbständigkeitsbegriff der Verfassung neu bestimmt worden sein, so Smend, JZ 1956, 52: Die Verträge haben den mehr negativen Freiheitsbegriff der WRV (Der Staat hemmt die Kirchen nicht, aber ist an ihnen desinteressiert) umgewandelt in einen mehr positiven: "dem der Befreiung zum Beruf, zur wesensmäßigen Auswirkung".

III. Bedeutungswandel durch den Kirchenkampf und das gewandelte kirchliche Selbstverständnis

1. Die Folgerungen der Literatur

Bei der Auslegung der Weimarer Artikel wird weiterhin auf die grundlegenden Veränderungen verwiesen, die als Folge des Kirchenkampfes im Verhältnis von Staat und Kirche eingetreten sind¹: vor allem das gewandelte Selbstverständnis des Staates - weg vom Obrigkeitsstaat hin zu einer Art Partnerschaftsstaat - und das gewachsene Selbstbewußtsein der evangelischen Kirche².

Nachdem Staat und Kirche in Deutschland sich 1933 und 1934 gegenseitig das Zeitalter konstantinischer Nähe gekündigt hätten, müsse die Neuregelung ihres Verhältnisses mit der nunmehr grundsätzlich unabdingbaren Haltung der Kirche vereinbar sein³. Es könne nicht folgenlos bleiben, daß sich das Dritte Reich als Herr über die Kirche und zugleich als Kirchenersatz aufgeworfen habe: jetzt könne sich die Kirche nicht wieder auf die Rolle einer mehr oder weniger privilegierten öffentlichen Korporation beschränken, sondern müsse ohne die bisherigen staatskirchenrechtlichen Maskierungen die Anerkennung ihres Berufs fordern⁴. Daher schaffe das GG zwangsläufig

¹ Statt aller: Hesse, ZevKR 5, 72, der die "überwundene Kampf- und Abwehrsituation" berücksichtigen will.

² Auf die zweite Entwicklungslinie hat zuerst Smend aufmerksam gemacht und ihr weitgehenden Einfluß auf die Umwertung der staatskirchenrechtlichen Beziehungen verschafft, Festgabe für Otto Dibelius, S. 184 ff.; ders. ZevKR 1, 8 ff.; zustimmend W. Weber, VVDStRL 11, 158; Köttgen, DVBl. 1952, 485 f.; Mikat, Kirchen S. 140.

³ Smend, ZevKR 1, 10.

⁴ Smend, a.a.O.; ders.: Festgabe für Otto Dibelius S. 185.

etwas Neues und Anderes gegenüber der Vergangenheit der WRV¹.

In der Konsequenz wird dem Staat das Recht auf eine eigenständige Begriffsbildung bestritten, die den Respekt gegenüber kirchlichem Selbstverständnis vermissen läßt². Er soll seine staatskirchenrechtlichen Begriffe nicht länger ausschließlich der weltlichen Rechtsordnung entnehmen dürfen. Überhaupt wird es abgelehnt, die staatskirchenrechtliche Lage nur nach der Stellung zu beurteilen, welche die Kirche vom Staat her gesehen hat oder haben soll³.

¹ Smend, a.a.O. Daß dies angeblich Neue und Andere durch die Wiederherstellung der Weimarer Verfassungsartikel nicht recht deutlich wird, erklärt Smend mit "einer Verlegenheitslage im Parlamentarischen Rat". Ihm genügt im Grunde allein die Tatsache des Erlasses des GG: Wenn die BRD den Frieden mit der Kirche wieder hergestellt habe - und das bedeute die Inkorporation der Weimarer Verfassungsartikel -, so erkenne sie damit den veränderten Anspruch der Kirchen an - sonst wäre es keine sinnvolle, für die Kirchen annehmbare Wiederherstellung des staatskirchenpolitischen Friedens.

² Vgl. Köttgen, DVBl. 1952, 486. Man wird es als Ergebnis dieser Forderung ansehen dürfen, daß die Mehrzahl der deutschen Länderverfassungen neben den Religionsgesellschaften die Kirchen wieder besonders erwähnt, so Bayern (Art. 142 f.), Bremen (Art. 59 ff.), Hessen (Art. 48 ff.), NRW (Art. 19 ff.), Rheinland-Pfalz (Art. 41) und Baden-Württemberg (Art. 4).

³ Vgl. hierzu Hesse, ZevKR 6, 178 f.: staatskirchenrechtliche Betrachtung erfordere stets eine doppelte Blickrichtung. Das ergebe sich notwendig aus Gegenstand und Geltung des Staatskirchenrechts als Regelung eines Rechtsverhältnisses, das zwei Partner voraussetze und beide Partner in gleicher Weise binde. Die Kirche lasse sich nicht ohne weiteres mit einem staatlichen, der Staat nicht ohne weiteres mit einem kirchlichen Maß messen. Jede einseitige statistische oder klerikale Sicht müsse den Gegenstand verfehlen. - Ähnlich noch v. Campenhausen, ZevKR 13, 215.

2. Die rechtliche Beachtlichkeit von Kirchenkampf und kirchlichem Selbstverständnis

a. Die Bedeutung der Ereignisse vor Erlaß des Grundgesetzes für die Auslegung

Das Grundgesetz hat darauf verzichtet, das Staat-Kirche-Verhältnis selbständig nezugestalten; stattdessen hat es durch Art. 140 GG die einschlägigen Vorschriften der Weimarer Verfassung ausdrücklich übernommen. Dieser ungewöhnliche Vorgang stellt die stärkste Form der Kontinuität dar. Er kann nur als Ausdruck der politischen Entscheidung des Verfassungsgebers gewertet werden, daß gegenüber dem Zustand von Weimar nichts neu entschieden werden sollte¹.

Die Schöpfer des Grundgesetzes sahen sich zu diesem Rückgriff auf einen fixierten Rechtszustand gezwungen, um nicht das Verfassungswerk insgesamt zu gefährden. Weitergehende Anträge der konservativen Parteien (CDU/CSU, Zentrum und DP) hatten im Parlamentarischen Rat keine Mehrheit gefunden². Auf der anderen Seite hatte sich die SPD anfangs überhaupt gegen die Aufnahme staatskirchenrechtlicher Bestimmungen ins GG ausgesprochen³. Die "Anleihe" bei der WRV trug somit alle Elemente eines Kompromisses in sich. Das Entgegenkommen der konservativen Parteien bestand darin, daß aus den Tatsachen und Entwicklungen aus der Zeit vor 1949 keine Schlußfolgerungen gezogen wurden⁴. Dazu gehörten die Leiden und Verfol-

¹ Ebenso Schick, AÖR 94, 378 ff.

² Die Anträge und Verhandlungen sind ausführlich bei Schlieff, Diss. S. 65 ff. sowie in JÖR 1, 899 ff. wiedergegeben.

³ Schlieff, Diss. S. 83.

⁴ Zu Recht zählt Quaritsch, Der Staat 1962, 194 f. es zu den "Ereignissen des deutschen Verfassungsrechts", daß die Interpretation der inkorporierten Weimarer Vorschriften innerhalb eines Jahrzehnts zu Konsequenzen geführt hat, die zum Teil weit über die abgelehnten Anträge der konservativen Parteien hinausgehen.

gungen der Kirchen während des Kirchenkampfes ebenso wie ihre selbstbewußte Neuorientierung gegenüber dem Staat. Alles dies war den Schöpfern der Verfassung bekannt und sicherlich lebendiger gegenwärtig als späteren Interpreten¹. Daß sie trotzdem am ursprünglichen Zustand festgehalten haben, legt es nahe, aus den Ereignissen und Entwicklungen vor 1949 keine interpretatorischen Konsequenzen zu ziehen².

b. Die Berücksichtigung des kirchlichen Selbstverständnisses

Darüber hinaus verbietet es sich aus grundsätzlichen Erwägungen, das Selbstverständnis der Kirchen als "wichtiges Interpretationsmerkmal" bei der Auslegung zu berücksichtigen³.

Das Selbstverständnis der Kirchen und Religionsgemeinschaften ist alles andere als homogen: es gibt eine Vielzahl religiöser Bekenntnisse, deren Auffassungen über ihr Verhältnis zum Staat durchaus auseinandergehen⁴.

¹ Schick, AöR 94, 380.

² Weitergehend Schick, a.a.O., S.379.

³ So aber Mikat, Kirchen, S.140. Gegen eine Methode, die bei der Auslegung staatlichen Rechts mit kirchlichem Selbstverständnis operiert, wenden sich vor allem Scheuner, ZevKR 7, 257 f. und FN 92; Fuß, DÖV 1961, 735; Quaritsch, Der Staat 1962, 186 f.; H.Weber, JuS 1967, 437; Martin Heckel, ZevKR 12, 33f.
Aus theologischer Sicht hat Karl Barth, Kirchliche Dogmatik IV, 1955, S.778 klargestellt, daß man vom Staat nicht erwarten könne, daß er sich das Selbstverständnis der Kirche zueigen mache: Staatskirchenrecht könne nie Kirchenrecht werden.

⁴ Vgl. Fuß, DÖV 1961, 735. Diese Vielfalt von Meinungen wird überall dort leicht übersehen, wo auf das Selbstverständnis von Gruppen Bezug genommen wird, z.B. Soldaten, Beamte, Rechtsanwälte.

Unter diesen Umständen bieten sich dem Staat zwei Möglichkeiten. Er könnte sich eine Auffassung unter den vielen zueigenen machen und sich beispielsweise für den römisch-katholischen oder reformierten Standpunkt entscheiden. Abgesehen davon, daß dieses Verfahren dem Selbstverständnis der übrigen Religionsgesellschaften zuwiderliefe, widerspräche es auch augenfällig der vom GG gebotenen Überparteilichkeit des Staates. Das GG legt ihm in Art.3 Abs.3, 4, 9, 33 Abs.3 sowie in Art.136 Abs.1 und 4 und Art.137 Abs.1 WRV iVm. Art.140 GG strikte weltanschauliche und religiöse Neutralität auf. Das verbietet ihm die Einführung staatskirchlicher Rechtsformen und untersagt die Privilegierung eines Bekenntnisses¹.

Übernahme der Staat das Selbstverständnis jeder einzelnen Religionsgemeinschaft - die zweite Möglichkeit -, wäre zwar die Privilegierung einer einzelnen Religionsgemeinschaft vermieden, aber um den Preis einer Aufspaltung in konfessionell verschiedene Ordnungen: eine für alle verbindliche Rechtsordnung wäre nicht mehr gewährleistet. In diesem Fall müßte der Staat die Anhänger verschiedener Religionsgemeinschaften verschieden behandeln². Er wäre beispielsweise gezwungen, sich gegenüber seinen katholi-

¹ BVerfG Urt.v.14.12.1965, BVerfGE 19, 206 (216)
mwN. aus der Rspr. des Gerichts.

² Vgl.Scheuner, ZevKR 7, 257.

schen Bürgern aus dem Ehrerecht zurückzuziehen¹.

Das Grundgesetz will jedoch gerade durch die Grundsatznormen der Art. 3 Abs. 3, 4, 9, und 33 Abs. 3 gegenüber religiöser Vielfalt sicherstellen, daß die Grundlagen der bürgerlichen Ordnung und des politischen Zusammenlebens einheitlich für alle Bürger festgelegt werden².

Jede Forderung, das Selbstverständnis einzelner Gruppen bei der Gesetzesauslegung zu berücksichtigen, stellt im Ergebnis die Verfassung selbst in Frage. Denn deren Wesen besteht gerade darin, eine einheitliche Ordnung des politischen und gesellschaftlichen Lebens der staatlichen Gemeinschaft zu schaffen³.

¹ Daß jedoch allgemeine Rechtsbegriffe für alle Bekenntnisse in gleicher Weise festgelegt sind und keine differenzierende Interpretation gestatten, hat das BVerfG in dem bereits genannten Urteil zur Zusammenveranlagung glaubensverschiedener Ehen bekräftigt, BVerfGE 19, 237 f. Das Gericht weist den Einwand zurück, der die Heranziehung des bekenntnislosen Ehegatten für die Kirchenschuld seines kirchenangehörigen Ehegatten mit dem Wesen der Ehe aus katholischer Sicht rechtfertigt. Das Wesen der Ehe, so argumentiert das Gericht, könne nicht mehr verbindlich in einer dauernden Vereinigung der Ehegatten zu vollständiger Gemeinschaft aller Lebensverhältnisse gesehen werden. In einer glaubensverschiedenen Ehe bestehe gerade auf dem Gebiete der religiösen Überzeugung und Haltung keine Gemeinschaft; die eheliche Gemeinschaft beruhe nicht (wovon das katholische Eheverständnis ausgeht) auf der gemeinsamen Anerkennung religiöser Glaubensinhalte, Wertvorstellungen und Verpflichtungen. Kritisch hierzu Hollerbach, AöR 92, 116 f.

² Scheuner, ZevKR 7, 257.

³ BVerfGE 19, 220. Es ist daher Thieme VVDStRL 26, 291 Recht zu geben, wenn er gegen von der Heydte a.a.O., S. 281, einwendet, das "Selbstverständnis des Soldaten" sei kein Argument in einer juristischen Debatte.

IV. Bedeutungswandel durch die Geltungsfortbildung
des Art. 137 WRV

1. Der methodische Ansatz Konrad Hesses

Die einzige ausgearbeitete Erklärung des Bedeutungswandels der inkorporierten Weimarer Artikel gibt Hesse. Er begründet ihn mit einer Verfassungswandlung durch Interpretation, die er im Anschluß an Smend als Geltungsfortbildung geschriebenen Verfassungsrechts bezeichnet¹.

Ausgangspunkt seiner Argumentation ist die ausführlich belegte Erkenntnis, daß der Inhalt einer Norm nicht ausschließlich durch den Wortlaut, sondern auch durch die zu regelnde Wirklichkeit bestimmt oder mitbestimmt wird. Aus dieser Einsicht folgert er, die Auslegung dürfe nicht an den veränderten konkreten Lebensverhältnissen vorübergehen². Allerdings will er hierbei die Grenzen eng ziehen: das telos eines Verfassungssatzes und sein klarer normierender Wille sollen nicht dem Wandel der Situation zum Opfer gebracht werden dürfen³. Damit, so meint er, werde die Möglichkeit der Wandlung oder Anpassung eines Verfassungssatzes an die konkreten Lebensverhältnisse keineswegs wieder zurückgenommen; denn viele Verfassungsbestimmungen seien inhaltlich weit und unbestimmt. Je nach Fassung und Intention der Norm könne ihre Normativität oder ihre Wirklichkeitsbezogenheit bis zur Ausschließlichkeit vorherrschen oder zurücktreten⁴. Regel-

¹ Rechtsschutz, S. 28 u. passim.

² a.a.O., S. 35.

³ a.a.O., S. 33.

⁴ a.a.O. S. 64.

mäßig trete das normative Element in den Vordergrund, wenn der technische oder formelle Charakter des Rechts überwiege. Umgekehrt seien die Bedingungen der Wirklichkeit um so gewichtiger, je weniger das geregelte Lebensverhältnis in einem Rechtssatz auf formale Tatbestände reduziert sei¹.

Art. 137 WRV zeichne sich durch eine eigentümliche Weite seiner Fassung aus: der normative Gehalt der Vorschrift sei so allgemein, daß er den verschiedensten Ausprägungen rechtlicher Ausgestaltung Raum lasse². Der Artikel wolle nicht mehr und nicht weniger als in der gegebenen historischen Situation im Rahmen der Sinntotalität der Verfassung ein optimales Maß schiedlich-friedlichen, die Belange beider Teile schützenden Zusammenlebens gewährleisten. Dieser Gehalt könne nicht ohne Rückgriff auf die staatskirchenrechtliche Wirklichkeit konkretisiert werden³.

Demzufolge hätten durch die staatskirchenpolitischen Veränderungen der Nachkriegszeit die Grundsätze der vollen Unabhängigkeit und des öffentlichen Status der Kirchen (u.a. mit der Folge des Wegfalls der staatlichen Kirchenhoheit) in den Art. 137 WRV Eingang gefunden⁴.

¹ Rechtsschutz S. 64.

² a.a.O.

³ Es ist deshalb für Hesse a.a.O. kein Zufall, wenn Art. 137 WRV unter den jeweils verschiedenen Verhältnissen der Weimarer Republik, der Bundesrepublik und der Deutschen Demokratischen Republik etwas Verschiedenes aussagt.

⁴ Rechtsschutz S. 64/65.

2. Kritik des Auslegungsverfahrens

Zwar erkennt Hesse in seiner methodologischen Vorbemerkung den "klaren normierenden Willen eines Verfassungssatzes" als Grenze der fließenden Geltungsfortbildung ausdrücklich an. Er überspielt jedoch diese Bindung bei der Auslegung des Art. 137 WRV iVm. Art. 140 GG durch die Unterstellung, die ganze Vorschrift sei so weit gefaßt, daß sie die verschiedensten Interpretationen zulasse.

In dieser Allgemeinheit trifft die Behauptung nicht zu: Der Artikel enthält nicht nur "schwebende Deutungsmöglichkeiten", sondern zumindest auch klare Regelungen¹.

Hesse geht bei der Interpretation der Kirchenartikel und der Beurteilung ihres möglichen Bedeutungswandels von einer seit 1919 ununterbrochenen Geltung aus². Er übersieht dabei, daß es nicht darum geht, den Weimarer Zustand schlicht fortzuführen, sondern eine Entscheidung

¹ Ebenso Schick, AÖR 94, 379. Hierzu zählt z.B. der Passus in Art. 137 Abs. 3 WRV, der die Bindung der Kirchen an das "für alle geltende Gesetz" ausspricht. Die Weimarer Literatur und Praxis hatte hieraus fast einmütig die Bindung der Kirchen an das für jedermann geltende Gesetz hergeleitet mit der Konsequenz mehr oder minder weitgehender staatlicher Aufsichtsbefugnisse (s. oben S. 11 f.). Hesse tut dies als Formalismus und Positivismus ab und reduziert den normativen Gehalt der Formel auf die nichtssagende "Gewährleistung eines Verhältnisses sinnvoller Zuordnung von Kirche und Staat" (Rechtsschutz S. 72). Sinnvoll ist dabei für ihn nur eine Regelung, die den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht. Da er das Prinzip subordinationsrechtlicher Gestaltung heute für unvollziehbar hält, kann nach seiner Ansicht der Inhalt des Schrankensatzes "nicht mehr in der Normierung eines Über- und Unterordnungsverhältnisses gesucht werden ...". (Rechtsschutz S. 72)

² Hesse, Rechtsschutz S. 34 u. passim.

zu respektieren, die der Verfassungsgeber im Jahre 1949 getroffen hat¹. Den Schöpfern des GG stand zu diesem Zeitpunkt mit der WRV ein immerhin dreizehn Jahre lang vorhandenes, ausgelegtes und angewendetes Vorbild zur Verfügung. Wenn sie hieran angeknüpft haben, so hatten sie wahrscheinlich durchaus das Bewußtsein einer verfassungsrechtlichen Entscheidung mit konkretem Inhalt. Daß diese Entscheidung erst nach einem zähen politischen Ringen zustandekam, kann es nicht rechtfertigen, ihr inhaltliche Klarheit abzusprechen. Sicherlich bietet der Wille des historischen Gesetzgebers nur einen Gesichtspunkt im Spektrum der Methoden der Gesetzesauslegung². Auf jeden Fall muß jedoch beim Akt der Verfassungsschöpfung von 1949 angesetzt werden.³

Hesses Auslegungsverfahren ist deutlich durch die von Smend entwickelte Grundvorstellung von der Verfassung beeinflusst⁴. Faßt man die Verfassung als Element des staatlichen "Integrationsprozesses" auf, dessen "Intention nicht auf Einzelheiten, sondern auf die Totalität des Staates und die Totalität seines Integrationsprozesses" zielt, so führt das zwangsläufig dazu, eine "elastische, ergänzende, von aller sonstigen Rechtsauslegung weit abweichende Verfassungsauslegung nicht nur für erlaubt, sondern sogar für geboten" zu halten⁵. Der Wortlaut der Verfassung tritt hinter dem ihr "aufgegebenen Erfolg befrie-

¹ Darauf weisen zutreffend Schließ, Diss., S.142 und Schick, AöR 94, 379 hin.

² Allgemein zur Verfassungsinterpretation s. die Referate von Peter Schneider und Horst Ehmke in VVDStRL 20 (1963), 1 ff. und 53 ff.

³ Ausführlich hierzu Schick, AöR 94, 369 ff.

⁴ Smend, Verfassung und Verfassungsrecht; ders., Artikel "Integrationslehre" in HdSW V, 299 ff. mit Literaturübersicht.

⁵ Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S.190.

digender Integration" zurück: Wenn dieser nur außerhalb der verfassungsmäßigen Bahnen erreicht werden kann, "wird die durch die Wertgesetzlichkeit des Geistes wie durch die Artikel der Verfassung aufgegebenen Erfüllung der Integrationsaufgaben trotz dieser einzelnen Abweichungen dem Sinn auch der Verfassung eher entsprechen als ein paragraphentreueres, aber im Erfolge mangelhaftes Verfassungsleben"¹.

Eben diese, zuvörderst am reibungslos funktionierenden Verfassungsleben orientierte Interpretation ist auch für Hesses Auslegungsverfahren kennzeichnend: Die politisch unbequemen Einzelvorschriften (z.B. Art.137 Abs.3 S.1 2.Satzteil) werden auf ihren "normativen Grundgedanken" reduziert, bis dieser in dem Sinn der Verfassung als einem Integrationssystem aufgeht und mit der politischen Wirklichkeit in Einklang kommt. Der Vorrang der Lebenstotalität des Staates wird in einer Art und Weise hervorgehoben, daß ihr gegenüber die Einzelnorm verblaßt². Die Erklärung und Rechtfertigung hierfür liegt in dem Bemühen, Norm und Faktum möglichst weitgehend miteinander zu versöhnen³ - ein an sich durchaus richtiges Auslegungsprinzip, das jedoch durch überspitzte Anwendung - wie sie sich auch bei Hesse findet - die Festigkeit, Bestimmtheit und Beständigkeit der Norm mindert⁴.

¹ Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S.190.

² Welche Gefahren sich daraus ergeben, hat Kägi, Grundordnung, S.142 ff. in seiner Kritik der Smendschen Integrationslehre eindrucksvoll dargestellt; siehe ferner die zusammenfassenden Ausführungen Ehmkes, Grenzen der Verfassungsänderung, Berlin 1953, S.58 ff.

³ Smend, HdSW V, 301. Er räumt ein, daß die Integrationslehre in diesem Punkt zu weit geht und der Richtigstellung schon im Ansatz bedarf.

⁴ In seinen späteren Schriften hat Hesse diesem grundlegenden Mangel der Smendschen Lehre Rechnung getragen und sie mit einer deutlichen Hervorhebung des den politischen Prozeß ordnenden und stabilisierenden, normativen Charakters der Verfassung weiterentwickelt. Nunmehr akzentuiert er stärker die sich aus dem Gegebenen des politischen Seins abhebende "normative Kraft der Verfassung". Diese

Demgegenüber ist daran festzuhalten, daß Auslegung - versteht man sie nun als "Auseinanderlegung", Klarstellung, Verdeutlichung oder Konkretisierung - an etwas Gesetztes gebunden ist¹. Wo bereits der Ausdruck, der Verfassungstext (von der Wirklichkeit, Geschichte, Entwicklung usw.) beiseitegeschoben und korrigiert wird, kann von Auslegung nicht mehr die Rede sein. Denn die Postulate der Rechtssicherheit, Normklarheit, Publizität und Unverbrüchlichkeit der Verfassung verlangen, die Auslegung daran auszurichten, was erkennbar und sichtbar geworden ist: dem Normtext; er steckt die äußersten Grenzen der Auslegung ab².

V. Bedeutungswandel durch ungeschriebenes vorstaatliches Recht

1. Mikats Auffassung vom Einwirken ungeschriebenen vorstaatlichen Rechts auf das Staat-Kirche-Verhältnis

Nach Mikat wirkt unter dem GG ungeschriebenes vorstaatliches Recht auf das Verhältnis von Staat und Kirche ein.

wird nicht als etwas von sich aus Wirkendes verstanden, sondern als eine Aufgabe, deren Verwirklichung den "Willen" zur Verfassung" und stets neue Willensanspannung der Verfassungsunterworfenen verlangt und voraussetzt; vgl. Die normative Kraft der Verfassung, S.12 f., 18 f. u. passim; Grundzüge, S.17 ff.

¹ Zum Gegenstand der Auslegung siehe etwa: Gadamer, Wahrheit und Methode, 2. Aufl., Tübingen 1965, S.312; Hesse, Grundzüge, S.30; Adolf Keller, Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlauts, Winterthur 1960, S.44; Larenz, Methodenlehre, S.291 ff.; Schneider, VVDStRL 20, 28 f. - Im Gegensatz zu den an einem Text ausgerichteten "Auslegungs"-Methoden sieht die Lehre vom Problemendenken (Topik) die Norm nur als Ansatzpunkt für die Problemlösung. Sie gibt den Primat des Verfassungstextes auf und ersetzt ihn durch den des Problems. Die Norm wird mit ihren Lösungshinweisen zu einem topos unter anderen. Bietet sie keinen Anhaltspunkt für eine sinnvolle Problemlösung, soll man auch über den Wortlaut eines jungen Gesetzes oder einer jungen Verfassung hinweggehen können, vgl. Ehmke, VVDStRL 20, 60.

² Zur Kritik der die Grenzfunktion des Wortlauts aufgebenden Vertreter des Problemdenkens s. Müller, Normstruktur und Normativität, S.57 ff., 160 ff.; ders., Juristische Methodik, S.140 ff.; Hesse, Grundzüge, S.30 f.

Er wendet gegen die Auslegung des Schrankensatzes des Art.137 Abs.3 WRV im Sinne einer Unterordnung der Kirchen unter die staatliche Rechtsordnung ein, sie sei mit der vom GG getroffenen Gesamtentscheidung zugunsten der Anerkennung vorstaatlicher Gegebenheiten und natürlicher "vorverfassungsrechtlicher" Rechte unvereinbar¹. Die Kirchen zählten zu den Gegebenheiten, die dem Staat auf einer höheren Ebene - einer über dem positiven Recht stehenden natürlichen Rechtsordnung² - nebengeordnet seien³.

Zur Begründung dient ihm die Tatsache, daß das GG in seinem Grundrechtsteil vorstaatliche Rechte anerkennt, die unabhängig von staatlicher Rechtssetzung dem positiven Recht vorgegeben sind⁴. Wenn aber einmal vorstaatliches und überpositives Recht im GG als geltendes Verfassungsrecht anerkannt werde, dann könne diese Anerkennung nicht auf einzelne positivisierte unveräußerliche Menschenrechte beschränkt bleiben: sie müsse vielmehr das ganze übergesetzliche Recht umfassen. Eine Teilanerkennung sei schon begrifflich nicht möglich⁵.

2. Die Einflußmöglichkeiten ungeschriebenen vorstaatlichen Rechts auf das Staatskirchenrecht

Mikats Argumentation enthält einen Widerspruch. Auf der einen Seite geht er davon aus, daß das übergesetzliche Recht "seinem Wesen nach einer besonderen Positivierung für seine Geltung im einzelnen nicht bedarf"⁶. Auf der anderen Seite macht er die Geltung des übergesetzlichen

¹ Kirchen, S.175; ebenso Holtkotten, BK, Art.140 Erl.II 2 und 3.

² Mikat, a.a.O., S.146.

³ Mikat, a.a.O., S.175/176.

⁴ Mikat, a.a.O., S.137.

⁵ Mikat, a.a.O.

⁶ Kirchen, S.138.

Rechts von der (teilweisen) Anerkennung im Gesetzesrecht abhängig¹.

Abgesehen davon fordert sein Ausgangspunkt zwei Einwände heraus. Wer, ohne sich näher zu erklären, von dem "ganzen übergesetzlichen Recht" spricht, setzt einen festen, allgemein anerkannten Bestand übergesetzlicher Normen voraus. Diese Annahme erweist sich als Illusion, wirft man nur einen Blick auf die seit dem Ende des Zweiten Weltkriegs wieder lebhaft geführte Auseinandersetzung der Naturrechtslehren und -systeme².

Die Auffassungen über Wesen, Herkunft, Inhalt und Wirkungsstärke des Naturrechts sind ebenso vielfältig, wie der Naturrechtsbegriff vieldeutig ist³. Ohne daß hier auf die Frage nach Existenz und Gestalt eines von menschlicher Satzung unabhängigen (ewigen) Rechts näher eingegangen werden kann, läßt sich feststellen, daß über den

¹ Mikat, Kirchen, S.137.

² Einen Überblick über die vielfältigen naturrechtlichen Strömungen in der deutschen Rechtswissenschaft vermitteln von der Heydte, StL V, 940 ff. und Enneccerus-Nipperdey § 33 III mit umfangreichen Nachw.; vgl. ferner die Beiträge zahlreicher Autoren unterschiedlichster Standorte bei Maihofer (Hrsg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus?, Darmstadt 1962, und A.Kaufmann (Hrsg.), Die ontologische Begründung des Rechts, Darmstadt 1965.

³ Vgl. Enneccerus-Nipperdey § 33 III und Rütters, Unbegrenzte Auslegung, S.448 ff.; Der Naturrechtsbegriff hat in der Geschichte vor allem dazu gedient, außergesetzliche, rechtspolitische Forderungen und Wertungen in das geschriebene Recht einzuschleusen oder bestehende positivrechtliche Ordnungen metaphysisch zu rechtfertigen. Die "Schleusenfunktion" hat schon Georg Jellinek, Staatslehre, S.345 erkannt: Das Naturrecht sei nichts anderes als die Gesamtheit der Forderungen, die eine veränderte Gesellschaft oder Gesellschaftsschicht an die rechtsschöpferischen Mächte stelle. Die Legitimationsfunktion des Naturrechts für die verschiedensten Ordnungsvorstellungen und -systeme hat schon Max Weber, Rechtssoziologie, Ausgabe Neuwied 1960, S.263 ff. beschrieben.

Bereich allgemein anerkannter fundamentaler Rechtsgrundsätze hinausgehende naturrechtliche Vorstellungen allein schon wegen ihrer Vielfalt für die verfassungsrechtliche Prüfung auszuschneiden haben¹. Das ist im folgenden näher zu begründen. Zuvor ist jedoch zu fragen, ob sich Rechtsgrundsätze in dem gekennzeichneten Sinn im Bereich des Staatskirchenrechts finden.

a. Die Bedeutung fundamentaler Rechtsgrundsätze

Hans J. Wolff definiert Rechtsgrundsätze als fundamentale Rechtsnormen, die sich ergeben aus der Anwendung des Prinzips der Gerechtigkeit auf deutliche Interessenlagen allgemeiner Art². Wegen ihres allgemeinen Charakters sind sie mit objektiver Erkenntnisgewißheit aus dem Rechtsprinzip ableitbar und können daher von keinem Rechtsgenossen ernsthaft angezweifelt werden³.

Legt man diese Definition zugrunde, läßt sich im Bereich der staatlich-kirchlichen Beziehungen die Existenz eines Rechtsgrundsatzes nicht ermitteln. Denn diese Beziehungen sind schon seit Beginn dieses Jahrhunderts überaus wechselvoll ausgestaltet worden⁴. Jede Epoche war dabei durch eine herrschende Meinung in der Literatur und ein entsprechendes Rechtsbewußtsein in der Bevölkerung abgestützt.

¹ Ebenso BVerfG Urt.v.29.7.1959, BVerfGE 10,59 (81).

² Jellinek-Gedächtnisschrift, S.33 ff. und VerwR I § 25 I; ebenso Menger, Bogs-Festschrift, S.89 ff.

³ Beispiele solcher Rechtsgrundsätze geben Wolff, Jellinek-Gedächtnisschrift, S.39, 41 f. und VerwR I § 25 I a; Menger, a.a.O., S.94; Enneccerus-Nipperdey § 33 V 2.

⁴ s.oben S.9 ff.

b. Das Naturrecht als Rechtsquelle

Da einschlägige, allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze fehlen, ist nunmehr zu erläutern, warum naturrechtliche Vorstellungen im übrigen außer Betracht zu bleiben haben. Dabei ist zunächst auf die Auffassung einzugehen, die das Naturrecht als eine verbindlich vorgegebene Rechts- und Wertordnung ansieht und ihm die Qualität einer obersten Rechtsquelle¹ zuerkennt².

Die Vorschläge der Naturrechtslehren zur Bewältigung konkreter Interessenkonflikte gehen oft weit auseinander. Sie geben dem Richter keine fertig anwendbaren, allgemein anerkannten übergesetzlichen Wertungen an die Hand. Spricht man nun generell dem Naturrecht die Qualität einer obersten Rechtsquelle im Sinne einer übergesetzlichen Gesamtordnung zu, so erhält man so viele Rechtsordnungen wie es Naturrechtsdeutungen gibt³. Welche von ihnen sich in der Praxis durchsetzt, hängt von dem jeweils entscheidenden Senat eines Obergerichts ab. Für die Frage einer materialen Naturrechtsordnung wird damit die Zuständigkeitsfrage (*Quis iudicabit?*) weit wichtiger als das Erkenntnisproblem (*Quod iubet ius naturale?*). Im Ergebnis wird der Richter zum Gesetzgeber: Er allein befindet darüber, welchen verbindlichen Inhalt die vieldeutige Naturrechtsordnung im Einzelfall hat⁴. Der ge-

¹ Zum Begriff der Rechtsquelle s. Peter Liver, Der Begriff der Rechtsquelle S. 1 ff. und Menger, Bogs-Festschrift S. 89 ff. Rechtsquelle wird hier verstanden als Erkenntnisgrund für etwas als positives Recht, vgl. Alf Ross, Theorie der Rechtsquellen, Leipzig und Wien 1929, S. 291 ff.; Wolff, Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 34; ders. VerwR I § 24 I.

² S. die Nachweise bei Rütters, Unbegrenzte Auslegung, S. 448 f.

³ Vgl. zum folgenden Rütters, Unbegrenzte Auslegung, S. 448 ff.

⁴ Rütters, a.a.O., S. 451.

schriebene Rechtssatz gerät unter dem ständigen Vorbehalt neuer richterlicher Naturrechtserkenntnis, der Gesetzgeber unter die weitgehende und unberechenbare Vor mundschaft der Gerichte. Das widerspricht jedoch der vom GG vorgenommenen Machtverteilung und funktionellen Zuordnung der beiden Gewalten¹. Vor allem aber ist es mit dem Prinzip der Rechtssicherheit unvereinbar². Alle Integration der Rechtsordnung durch eine überzeugende Rechtsprechung basiert auf dem Vertrauen jedes Rechts genossen, daß über seine Ansprüche und Handlungen nicht nach speziellen Gesinnungspostulaten geurteilt werde, die nicht seine eigenen sind und die ihm in einer freiheitlichen Grundordnung auch nicht aufgezwungen werden können³. Dem schutzwürdigen Vertrauen des rechtstreuen Rechtsgenossen wird nur entsprochen, wenn nach dem geschriebenen, sicheren Recht einschließlich der sittlichen Grunderfahrung geurteilt wird, welche die Allgemeinheit der rechtsoffenen Staatsbürger anerkennt⁴.

¹ Dem Verfassungsgericht kommt nach dem GG im Verhältnis zum Gesetzgeber nur eine kontrollierende Funktion zu; es darf weder die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers über die durch die Verfassung gezogenen Grenzen hinaus einengen, noch darf es selbst gestaltend tätig werden.

² Ebenso Rüthers, a.a.O., S. 451 und Enneccerus-Nipperdey § 33 V 3 mwN.

³ Wieacker, JZ 1961, 345.

⁴ Wieacker a.a.O.: "Gesetzesgehorsam und allgemeine Rechts- traue, nicht inhaltlich bestimmte weltanschauliche Wert- vorstellungen sind es, welche Rechtsordnung und Gericht vom Rechtsgenossen zu fordern haben". Schon Friedrich Carl von Savigny hat betont, daß das Recht unabhängig von der Sittlichkeit bestehe; zwar solle das Recht der Sittlichkeit dienen, doch "nicht, indem es ihr Gebot vollzieht, sondern indem es die freie Entfaltung ihrer, jedem einzelnen Willen innewohnenden Kraft sichert". System des heutigen römischen Rechts, I, S. 332. Nach einem Wort von Georg Jellinek garantiert das Recht nur ein ethisches Minimum, Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 2. Aufl., 1908, S. 45.

c. Das Naturrecht als Auslegungsmittel

Dieselben Bedenken greifen auch gegen die Verwendung des Naturrechts als Interpretationsmittel durch.

Im übrigen fordert schon das Gebot der Rationalität der Interpretation, solchen naturrechtlichen Vorstellungen bei der Gesetzesauslegung außer acht zu lassen, die nicht allgemein anerkannt sind. Aus diesem Gebot folgt das Postulat maximaler Diskutierbarkeit. Das setzt wiederum einen gemeinsamen Diskussionshorizont voraus, innerhalb dessen eine auf Verständigung angelegte Diskussion erst möglich ist. Diese Diskussion ist gefährdet, wenn man versucht, eine im religiös-weltanschaulichen Bereich wurzelnde Konzeption im Wege der Interpretation in das GG einzubringen und so dieses naturrechtliche System als Grundlage der Verfassungsinterpretation zu aktualisieren¹.

d. Die Kirche als Kunderin des ius divinum

Der zweite Einwand richtet sich gegen das naturrechtlich-theologische Denken spezifisch katholischer Prägung, das der Argumentation der Argumentation Mikats zugrunde liegt².

Verkündet die Kirche ein Recht, das ihr nach ihrem Selbstverständnis als berufener Hüterin und Kunderin des

¹ Vgl. hierzu Peter Schneider, VVDStRL 20, 35 f. und Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S.182 ff., 186 ff.

² Diesem Denken erscheint die Natur in erster Linie als Schöpfung Gottes; das Naturrecht ergibt sich, für menschliche Vernunft erkennbar, aus dem Wesen der Schöpfung. Es ist gegenüber dem positiven Recht durch eine spezifische Transzendenz gekennzeichnet: es weist über die Schöpfung hinaus auf den Schöpfer. - Daß das Naturrecht hier metaphysisch verstanden wird, hat der kirchlichen Lehre immer starken Einfluß gesichert. Vgl. im einzelnen von der Heyde, StL V, 941.

ius divinum zusteht¹, so ist das nicht schon deswegen geltendes Recht². Das Selbstverständnis der Kirche als *societas perfecta*, der theologische Grundsatz der Kirchenfreiheit, die von der Kirche verkündete Aufteilung kirchlicher und staatlicher Zuständigkeiten - all dies vermag nicht aus sich heraus die Staatsgewalt rechtlich zu binden; es bedeutet lediglich ein gesellschaftliches staatskirchenpolitisches Programm, das den Staat nur dann zu einer koordinationsrechtlichen Gestaltung verpflichtet, wenn es durch demokratisch legitimierte Entscheidungen in das staatliche Recht übernommen wird³.

Das folgt aus dem Demokratieverständnis des GG, wonach alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht; damit ist zugleich

¹ In der christlichen Tradition ist das Naturrecht nicht nur in der Natur des Menschen angelegt, sondern zugleich - sozusagen als *donum superadditum* - von Gott verordnet.

² Damit soll nicht der religiös-transzendenten Begründung des Rechts die Bedeutung abgesprochen werden; aber das Rechtsdenken darf nicht zur Glaubensangelegenheit werden; es muß sich auf Erkenntnisse beschränken, die im Wege weltimmanenter Betrachtung gewonnen werden können. Insofern trifft das Hugo Grotius zugeschriebene Wort zu, das durch menschliche Einsicht gewonnene Naturrecht müsse auch dann gelten, wenn es keinen Gott gäbe oder wenn er sich um die Menschen nicht kümmerte. In diesem Sinne ist für das Rechtsdenken eine "Säkularisation der Naturrechtsidee" notwendig, um sie auf die Grundlage eines zwar begrenzten, aber durch Erfahrung rektifizierbaren und Vernunft verifizierbaren und deshalb tragfähigen Wissens zu stellen. Vgl.hierzu Henkel, Rechtsphilosophie, S.399.

³ Albrecht, Koordination, S.135. Das ist auf evangelischer Seite auch Smend, ZevKR 1, 4 ff. entgegenzuhalten, der allein aus dem veränderten Daseinsgehalt der evangelischen Kirche eine Veränderung des deutschen Staatskirchenrechts herleitet.

ausgeschlossen, die Quelle der Staatsgewalt außerhalb des Volkes oder in einer über ihm stehenden Person zu suchen. Solange der Wille Gottes nicht konkret und objektiv mit Sicherheit in der Welt erkannt wird, d.h. solange er nicht auf einem allgemeinen und festgefügtten Wertbewußtsein der Rechtsgemeinschaft gründet, solange jedenfalls ist die Berufung auf diesen Willen ein "Moment undemokratischer Transzendenz"¹.

Für die Entscheidung, ob der Wille Gottes im Einzelfall gewußt wird, ist nach dem Prinzip der demokratischen Legitimation² die Auffassung der Mehrheit maßgeblich. Mithin muß jeder Rückgriff auf ein *ius divinum* oder *ius naturale* von dem Nachweis begleitet sein, daß das herangezogene Prinzip mit allen seinen Konkretisierungen auf demokratischem Wege in das allgemeine Bewußtsein eingegangen ist.

Für die Freiheit der Religionsgemeinschaften in ihrem eigenen Bereich z.B. läßt sich dieser Nachweis durch Art.137 Abs.3 WRV iVm. Art.140 GG führen; für ein Koordinationssystem von Staat und Kirche, in dem sich beide als gleichrangige und gleichberechtigte Gemeinschaften erster Ordnung gegenüberstehen, ist er aus dem GG nicht zu erbringen. Es würde daher dem Lebensprinzip demokratischer Legitimität widersprechen, wollte man die kirchenpolitischen Vorschriften des GG von einer "höheren natür-

¹ Albrecht, Koordination, S.136.

² Die demokratische Legitimität hat historisch die liberale (und diese wiederum die monarchische) Legitimität abgelöst und mit der egalitären Ersetzung der durch "Bildung und Besitz" privilegierten Bürger durch jeden Erwachsenen das Prinzip der Volkssouveränität verwirklicht, vgl. Badura, EvStL, 2347 f.

lichen Rechtsordnung" her interpretieren¹.

VI. Bedeutungswandel durch die Bildung von Verfassungs- gewohnheitsrecht

1. Die staatskirchenrechtliche Entwicklung nach 1945 in der Sicht der Literatur

Seinem dezidierten Bemühen, bei der Auslegung der Weimarer Kirchenartikel den soziologischen Veränderungen der Nachkriegszeit Rechnung zu tragen, legt das staatskirchenrechtliche Schrifttum der fünfziger Jahre durchweg die Situationsanalysen von Rudolf Smend² und vor allem Werner Weber³ zugrunde.

Beide Autoren zeichnen für die ersten Jahre staatlicher Reorganisation in Westdeutschland das Bild eines Staates, der seine Rechte gegenüber den Kirchen teils aus mangelnder Beherrschung, teils aus Interessenlosigkeit, teils aus mangelndem politischen Willen und Vermögen nur höchst unvollkommen handhabt⁴. Die Kirchen haben sich von den

¹ Dem entspricht im Ergebnis, daß die zeitgenössischen naturrechtlichen Vertreter katholischer Richtung überwiegend dazu neigen, den Umfang des Naturrechts zu minimalisieren. Sie wollen es auf zwei oder drei Prinzipien zurückzuführen, die für alle Völker und Zeiten gelten. Eine konkrete Ordnung des Staat-Kirche-Verhältnisses wird nicht darunter gerechnet. Es wäre auch historisch unhaltbar. Zum Naturrecht katholischer Prägung s. Josef Funk, Art. "Naturrecht" in StL V, 945 ff.

² ZevKR 1, 4 ff.

³ VVDStRL 11, 153 ff.

⁴ W. Weber a.a.O., S. 168.

Bindungen staatlicher Kirchenhoheit innerlich und äußerlich emanzipiert¹. Zum früheren Zustand zurückzukehren, ist schon deshalb ein vergebliches Unterfangen, weil es zur realen Exekutierbarkeit einer staatlichen Kirchenhoheit an allen wesentlichen Voraussetzungen fehlt². Auch die von der Verfassung verlangte Gleichstellung der kleinen Religionsgemeinschaften mit den Großkirchen ist undurchführbar geworden: Die staatskirchenrechtliche Entwicklung ist über diese wirklihckeitsfremde Fiktion aufgeklärter Herkunft hinweggeschritten³. Die Übernahme der Weimarer Artikel in das GG verdeckt nur diesen tiefen soziologischen Wandel, ohne die Verfassungswirklichkeit korrigieren zu können oder auch nur zu wollen⁴.

Zusammengefaßt lautet das Ergebnis der Analysen, wie es sich das spätere Schrifttum durch bloße Bezugnahme oder Paraphrase zu eigen gemacht hat: Die übernommenen Vorschriften haben in wesentlichen Punkten keine Chance mehr, durchgesetzt zu werden; eine machtvolle Wirklichkeit hat sie umgestaltet⁵.

Nun vermag nach der herkömmlichen Rechtsquellenlehre die Wirklichkeit nur unter den Voraussetzungen des Ge-

¹ W. Weber, a.a.O., S. 158.

² W. Weber, a.a.O., S. 159. Wie situationsgebunden die Diagnose ist, zeigt sich in der Begründung dieser These, a.a.O.: Man werde in keinem Ministerium der BRD einen Amtsträger finden, der die schwierigen Zusammenhänge des Staatskirchenrechts auch nur intellektuell beherrsche, noch weniger solche, die die Positionen des Staates gegenüber den Kirchen aus sicherer Vertrautheit mit dem Werden und Wesen der staatskirchenrechtlichen Institutionen zu wahren wüßten.

³ W. Weber, a.a.O., S. 171 f. und 255.

⁴ Menger, MDR 1955, 512.

⁵ Statt aller: Grundmann, ÖAK 13, 261.

wohnheitsrechts Rechtsnormqualität zu erlangen¹. Das führt zu der Frage, ob sich nach 1949 ein die Weimarer Kirchenartikel abänderndes Verfassungsgewohnheitsrecht gebildet hat.

2. Das Gewohnheitsrecht als Verfassungsrechtsquelle

a. Die derogierende Kraft des Verfassungsgewohnheitsrechts

Die gewohnheitsrechtliche Bildung materiellen Verfassungsrechts auf Gebieten, die vom formellen Verfassungsrecht - der Verfassungsurkunde - nicht durchnormiert werden, ist unproblematisch². Das ist nur von der positivistisch ausgerichteten konstitutionellen Staatslehre geleugnet worden, die nach der mit dem Übergang zum Konstitutionalismus vorgenommenen Kodifikation des öffentlichen Rechts an die Lückenlosigkeit der geschriebenen Rechtsordnung glaubte³.

Das Gewohnheitsrecht fließt aus einer ursprünglichen, dem gesetzten Recht gleichgeordneten Rechtsquelle, die auf dem manifestierten Willen (oder der betätigten Überzeugung) der Rechtsgemeinschaft beruht⁴. Den tieferen Grund

¹ Vgl. Wolff, Jellinek-Gedächtnisschrift, S.33 mwN. in FN 5.

² Es ist heute allgemein anerkannt, daß sich Gewohnheitsrecht auf allen Rechtsgebieten bilden kann; vgl. die Nachweise bei Gröpper, DVBl. 1969, 945 Anm.10; ferner Friauf, EvStL, 686.

³ Z.B. Grotefend, Preußisches Verwaltungsrecht, Bd.1, 1890, S.37 ff. In neuerer Zeit noch Nawiasky, Bayer. Verfassungsrecht, 1923, S.342; Meinzolt, Das Gewohnheitsrecht als Quelle des Staats- und Verwaltungsrechts, BayVBl.1928, 238 mwN. S.226. - Der Grund: Im neunzehnten Jahrhundert bedeutete eine ungeschriebene Verfassung eine unsichere Verfassung, die geschriebene hingegen galt als sicher, weil sie in faßbaren und dauerhaften Zusicherungen des Staatsoberhauptes an sein Volk bestand, vgl. Jellinek, Staatslehre, S.515 ff. Dem ist mit Lorenz von Stein entgegenzuhalten: "Keine Verfassung ist jemals vollständig gewesen und kann es sein", Die vollziehende Gewalt, 2.Aufl., 1869, S.25.

⁴ Rümelin, Gewohnheitsrecht, S.36. Er weist zutreffend darauf hin, daß der Streit zwischen der Willenstheorie und den verschiedenen Überzeugungstheorien im Grunde unfruchtbar ist; in ihren gemäßigten Formen stehen sie einander sehr nahe.

seiner Rechtsgeltung bildet die von der französischen Revolution verkündete Idee, das Volk in seiner natürlichen Beschaffenheit sei letzte und höchste Instanz in Rechtssachen, sei Träger der höchsten Rechtsmacht¹.

Der rechtserzeugende Wille der Gemeinschaft kann sich entweder in ausdrücklicher, förmlicher Rechtssetzung durch beauftragte und ermächtigte Organe oder stillschweigend, formlos und unmittelbar durch das Rechtsleben selbst offenbaren: es sind zwei Äußerungsformen ein und desselben Willens. Konsequenterweise muß man ihnen den gleichen Rang einräumen². Das bedeutet: Gewohnheitsrecht kann nicht nur *praeter legem* Lücken ausfüllen und neue ergänzende Rechtssätze hervorbringen, sondern auch als *consuetudo abrogatoria* geltendes Recht ändern oder aufheben³.

¹ Eine Idee, die das GG in die Worte faßt: Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus (Art.20 Abs.2 S.1).

² Forsthoff, VerwR. S.147 mwN. in FN 3; Wolff, VerwR I § 25 III b.

³ Streitig, vgl. die Nachweise bei Gröpper, DVBl.1969,948 Anm.18 und Wagner, Diss.,S.54 ff. FN 2. Wie hier:Forsthoff, a.a.O.; Wolff, a.a.O.; Enneccerus-Nipperdey § 40 IV; Hans Huber, Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, S.98; Scheuner VVDStRL 10,46 ff. (Disk.); ders., StL VIII, 125 f.; Schätzkel, VVDStRL 10,50 f.(Disk.) mit Beispielen für die gewohnheitsrechtliche Bildung neuen materiellen Verfassungsrechts *contra legem*. A.A. Voigt, VVDStRL 10,44 und Hesse, Grundzüge, S.15 und 30 f. Sie wollen Gewohnheitsrecht (wie ungeschriebenes Recht überhaupt) lediglich zur Ergänzung der geschriebenen Verfassung zulassen. Es könne nur immer zur Entfaltung, Vervollständigung oder Fortbildung geschriebenen Verfassungsrechts herangezogen werden. Das dieser Meinung zugrunde liegende Streben nach Sicherheit und Klarheit des Rechts wurzelt in den Erfahrungen der politischen Vergangenheit. In der nationalsozialistischen Zeit wurde vieles als "Gewohnheitsrecht" ausgegeben, bei dem es sich in Wahrheit um Rechtssetzung handelte (vgl. Serick, Ist der Begriff des Gewohnheitsrechts revisionsbedürftig? Diss. Tübingen 1948, S.7). - Gleichwohl können daraus keine solche Schlußfolgerungen für das GG gezogen werden. Rüthers hat in der Unbegrenzten Auslegung" am Beispiel der Perversion der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus nachgewiesen, daß auch geschriebenes Recht vor Mißbrauch nicht gefeit ist. Darüber hinaus ist es unter der auf dem Prinzip der Volkshouveränität aufbauenden freiheitlichen Ordnung des GG

Für das GG ist dies allerdings unter Hinweis auf die ausdrückliche Regelung der Verfassungsänderung in Art.79 Abs.1 GG verneint worden. Da danach das GG "nur durch ein Gesetz" geändert werden darf, soll eine Änderung kraft Gewohnheitsrecht ausgeschlossen sein¹.

Diese Auslegung setzt stillschweigend voraus, daß die Bildung von Gewohnheitsrecht durch Gesetz überhaupt ausgeschlossen oder beschränkt werden kann. Das ist aber nur insoweit richtig, als die Entstehung eines Gewohnheitsrechts faktisch durch ein gesetzliches Verbot stets erschwert und mitunter auch verhindert wird: Die Gemeinschaft wird angesichts der psychologischen Fessel eines Verbots nur schwerlich den Willen oder die Überzeugung entwickeln, eine bindende Regel zu verwirklichen. Allein darin dürften sich Sinn und Wirkung gesetzlicher Ausschlussvorschriften auch erschöpfen. Zu einem weitergehen-

ungerechtfertigt und wenig folgerichtig, dem "extrem demokratischen" (Kelsen, Staatslehre, S.232) Gewohnheitsrecht seine Wirkung als gleichrangige Rechtsquelle zu verweigern.

¹ v.Mangoldt/Klein, Einl. III 3 u. Art.79 III 2; Giese-Schunck, Erl. II 2 zu Art. 79. Diese Auslegung deutet den Satzteil "nur durch ein Gesetz" im Sinne von "ausschließlich durch ein Gesetz"; der 2.Halbsatz des Art.79 Abs.1 S.1 GG bleibt dabei außer Betracht.

den verbindlichen Ausschluß gewohnheitsrechtlicher Bildung fehlt dem Gesetz die Kraft¹. Tritt einmal eine Rechtsüberzeugung (Rechtsgeltungswille) der Gemeinschaft an den Tag, entsteht Recht, egal ob ein Verbot dem entgegensteht oder nicht².

¹ So schon Bornhak, Das preußische Verwaltungsrecht und das Bürgerliche Gesetzbuch in VerwArch. 8 (1900), S.7; ferner Hsü Dau-Lin, Verfassungswandlung, S.110; Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen, S.44; Enneccerus-Nipperdey § 40; Scheuner, VVDStRL 10,47 f.; Schätzel, ebenda S.50; Wagner, Diss., S.76 f. mwN. in FN 3.

² Die Geschichte hat im übrigen die Unwirksamkeit solcher Verbote erwiesen. Andernfalls wäre auch der rechtsbildenden Tätigkeit der Gerichte eine unerträgliche Fessel angelegt, vgl. Enneccerus-Nipperdey § 40. - Das berechtigt nun allerdings nicht dazu, Art.79 Abs.1 S.1 GG für eine bloße Formvorschrift zu halten, die sich nur an das Parlament wendet und ihm vorschreibt, wie es gesetzliche Verfassungsänderungen vorzunehmen hat. (Ein solches Verständnis liegt nahe, wenn man den Akzent der Vorschrift auf den 2. Halbsatz legt: Das GG kann nur durch ein Gesetz geändert werden, das den Wortlaut ausdrücklich ändert oder ergänzt.) Art.79 richtet sich nicht nur an das Parlament, sondern an alle konstituierten Gewalten (Krüger, DÖV 1961, 723; Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen, S.35; vgl. Wagner, Diss., S.74). Auf der anderen Seite vermag die Vorschrift aber eben "nur die konstituierte, nicht die konstituierende Gewalt zu binden" (Bachof, a.a.O.; Maunz-Dürig in Maunz-Dürig-Herzog Art.79 III RN 24 u.26). Das bedeutet: Der Verfassungsgeber bleibt ständig in der Lage, durch die Bildung von Verfassungsgewohnheitsrecht auf das Verfassungsgesetz einzuwirken. Es liegt dabei durchaus im Rahmen seines pouvoir constituant, das Verbot des Gewohnheitsrechts durch entgegenstehendes Gewohnheitsrecht aufzuheben; vgl. Wagner, Diss., S.75 mwN.

b. Die Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts

Ist damit die abändernde Kraft des Verfassungsgewohnheitsrechts auch für das GG bejaht, bleibt noch für das Staatskirchenrecht der fünfziger Jahre zu untersuchen, ob die Voraussetzungen einer Gewohnheitsrechtsbildung - Rechtsgeltungswille (Rechtsüberzeugung) und langdauernde Übung - vorliegen¹.

Daß eine Norm von dem Willen (oder der Überzeugung) der Rechtsgemeinschaft getragen wird, läßt sich in der Regel aus einer stetigen und dauernden Übung herleiten.

Ein Blick in die Rechtsprechung der fünfziger Jahre zum Staatskirchenrecht zeigt, daß hier inhaltliche Übereinstimmung in den Hauptfragen nicht erzielt wurde². Das wird auch von den Vertretern der Koordinationslehre nicht geleugnet. In seiner umfassenden Bestandsaufnahme der staatskirchenrechtlichen Entwicklung seit 1945 stellt Konrad Hesse fest, daß die Judikatur es nicht vermocht habe, gesicherte Maßstäbe zu entwickeln; sie lasse vielfach die Problematik unbewältigt und biete in den Grundgedanken ein Bild verwirrender Vielfalt und Gegensätzlichkeit³.

Selbst wenn man daher die anfängliche kirchenpolitische Abstinenz des Staates und die mit dem Loccumer Vertrag einsetzende Phase der Kirchenverträge als ein Stück

¹ Zu den Erfordernissen der Gewohnheitsrechtsbildung s. etwa Forsthoff, VerwR S.146 ff.

² Vgl. die Zusammenstellungen bei Scheffler, Staat und Kirche, S.63 ff. und 150, und Aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Verhältnis von Staat und Kirche, MDR 1965, 625 ff.

³ JöR 10,23. Damit ist zugleich festgestellt, daß die Vorschriften nicht obsolet geworden sind.

einheitlicher Verwaltungsübung werten wollte¹ - angesichts der kontroversen Rechtsprechung genügt sie gleichwohl nicht dem Erfordernis der einheitlichen Übung.

Darüber hinaus fehlt es an der erforderlichen Dauer: Die allgemeine Rechtsüberzeugung, welche die Übung tragen muß, ist spätestens mit dem seit Anfang der sechziger Jahre entschieden einsetzenden Widerspruch verloren gegangen². Zwölf bis fünfzehn Jahre können aber nicht ausreichen, eine Vorschrift des Verfassungsgebers gewohnheitsrechtlich abzuändern³. Das GG bedeutet den Versuch, das Bild einer bestimmten, als erstrebenswert vorgestellten Ordnung für die Zukunft zur Norm des politischen Lebens zu erheben⁴. Ihr Charakter als Zielentwurf fordert, ihr eine großzügig bemessene Dauer für die Verwirklichung ihrer Ideen, Forderungen und Gebote einzuräumen. Andernfalls würden gerade die kühnsten und weitreichendsten

¹ Das ist deshalb zweifelhaft, weil die Vertragspraxis möglicherweise nicht auf einer Rechtsüberzeugung des Staates, sondern auf bloßen Zweckmäßigkeitserwägungen beruht, vgl. oben S. . Er wählt den Vertragsschluß vielleicht nicht wegen einer vermeintlichen Rechtspflicht zur vertraglichen Einigung, sondern aus dem aus seiner organisatorischen und politischen Schwäche resultierenden Zwang zur Zurückhaltung und hofierenden Freundlichkeit gegenüber den mächtigen gesellschaftlichen Gruppierungen. Die bloße Überzeugung einer Behörde, daß eine Übung zweckmäßig sei, reicht aber als *opinio necessitatis* nicht aus, Hans Huber, Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, S.99.

² Ebenso H.Weber, Religionsgemeinschaften, S.30 mwN. aus der Literatur in FN 37.

³ Auch Maunz, Staatsrecht, S.163, ist der Auffassung, daß durch die "verhältnismäßig kurze Zeit der Nichtausübung" die Rechte des Staates gegenüber den Kirchen nicht erlöschen können.

⁴ Scheuner, VVDStRL 10, 47.

Verfassungsziele vom Schneckentempo der Entwicklung wieder zurückgenommen. Statt bewegender Entwurf künftiger Ordnung könnte das Verfassungsrecht nur ständig wechselndes Spiegelbild der politischen und sozialen Kräftegruppierungen in der Gesellschaft sein.

Im übrigen muß dem Staat ein Entscheidungsspielraum gewahrt bleiben, ob und wann er seine verfassungsrechtlichen Befugnisse wahrnimmt. Er darf nicht befürchten müssen, sie durch Nichtausübung zu verlieren¹. Das wird am GG mit besonderer Klarheit deutlich. Es ist zu einer Zeit erlassen worden, in der die staatliche Macht sich erst allmählich vom völligen Zusammenbruch regenerierte. In der Phase des Neuaufbaus waren andere Aufgaben (z.B. Wiedererlangung staatlicher Souveränität, Eingliederung der Vertriebenen und Flüchtlinge, öffentlicher Wohnungsbau) vordringlicher zu erfüllen als die Ausübung von Aufsichtsbefugnissen gegenüber den Kirchen. Wenn der

¹ In diesem Sinn ist Georg Jellinek zuzustimmen, nach dem staatliche Hoheitsrechte ihrem Wesen nach unverjährbar sind; Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, Berlin 1906, S. 40.
Eine gegenteilige Auffassung wird z.B. zu Art. 15 GG vertreten. Weil bis 1951 (1) weder der Bundesgesetzgeber noch ein Landesgesetzgeber von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht hatten, ist die Frage gestellt worden, ob sie nicht ihre Rechtswirksamkeit verloren habe, Ridder, Enteignung und Sozialisierung, VVDStRL 10, 147. Die Begründung: Dieser Ermächtigung wohne in besonders hohem Maße die Eigenschaft inne, bei Nichtbenutzung in verhältnismäßig kurzer Zeit obsolet zu werden; vgl. auch Ipsen, VVDStRL 10, 172 u. Kimminich, BK, Art. 15 RN 19.

Gebote an den Gesetzgeber müssen schon deshalb unverjährbar sein, weil er sich ihnen sonst durch dauernde Untätigkeit entziehen könnte. Die Gegenmeinung (z.B. Kimminich, BK, Art. 15 RN 19) ist vom BVerfG in seiner Entscheidung zum Unehelichenrecht widerlegt worden, Beschl. v. 29.1.1969, DVBl. 1969, 345 ff.: Verschließt sich der Gesetzgeber einem Verfassungsauftrag, ist die Rspr. imstande und sogar verpflichtet, an seiner Stelle das verfassungsrechtliche Gebot durchzusetzen.

Staat sich unter diesen Umständen Zeit läßt und die überlieferten Positionen allgemeiner Kirchenhoheit nicht umgehend wiedereinnimmt, rechtfertigt das nicht den Schluß, die einschlägigen Verfassungsbestimmungen seien obsolet oder von abänderndem Gewohnheitsrecht verdrängt worden.

VII. Bedeutungswandel durch die Verfassungswirklichkeit

1. Die Folgerungen der staatskirchenrechtlichen Literatur aus der Verfassungswirklichkeit

Der bisherige Befund hat ergeben, daß sich mit den herkömmlichen Auslegungsmethoden die "umstürzenden Folgerungen" der Koordinationslehre aus dem GG nicht herleiten lassen. Andere bekannte Rechtsquellen im juristisch-technischen Sinn greifen nicht ein: Einschlägige Rechtsgrundsätze sind nicht aufzufinden, dem Naturrecht ist über den Bereich der Rechtsgrundsätze hinaus seine Tauglichkeit als Rechtsquelle abzusprechen und die Voraussetzungen zur Bildung von Gewohnheitsrecht sind nicht erfüllt.

Damit steht man vor der Frage, ob es noch eine andere Rechtsquelle gibt, aus der die Koordinationslehre ihre Erkenntnisse geschöpft haben könnte. Um das zu erkennen, muß man sich noch einmal Entstehungszeit, Motivation und Vorgehen der Lehre vergegenwärtigen.

Nach ihrer Ansicht hat der Parlamentarische Rat schlecht gearbeitet, als er der verstärkten Machtposition der Kirchen nicht Rechnung trug. Sie betrachtet es als ihre Aufgabe, dieses Versäumnis wettzumachen. Dabei geht sie wie ein Gesetzgeber über den Rahmen der Auslegung hinaus: Wo der Verfassungswortlaut mit der Verfassungswirklichkeit kollidiert, wird er beiseitegeschoben und die Vorschrift erfährt einen "Bedeutungswandel". Das rechtliche Verhält-

nis von Staat und Kirche wird so statt im Wege einer Exegese des Art. 140 GG im Rückschluß aus der "Verfassungswirklichkeit" gewonnen¹.

Dieses Vorgehen zu würdigen fällt deshalb schwer, weil eine erkenntnistheoretische Besinnung über das, was Verfassungswirklichkeit ist oder inwieweit sie verfassungsrechtlich relevant sein kann, nicht angestellt wird.

Immerhin ist soviel zweifelsfrei zu erkennen, daß sich die Verfassungswirklichkeit in diesem Zusammenhang nicht im rein Tatsächlichen erschöpft: Sie ist mehr als die "normale Situation", die von jeder Norm vorausgesetzt wird, mehr auch als die gesellschaftlichen Gegebenheiten, auf die der Gesetzgeber achten soll².

¹ Das postuliert und praktiziert noch in jüngster Zeit Gert Meier, Die Entscheidung kirchlicher Angelegenheiten durch staatliche Gerichte, DVBl. 1967, 703 FN 4. Außerhalb des Staatskirchenrechts ist ähnlich bisher nur Herbert Krüger vorgefahren, der Status und Funktion der Sozialpartner aus der Verfassungswirklichkeit schöpfen will, Gutachten S. 9 ff.; kritisch dazu E.-H. Ritter, Der Staat 1968, 352. Krügers "improvisierte Andeutungen" darüber, "wie man sich die Bedeutung der Kräfte der Verfassungswirklichkeit vorzustellen und zu rechtfertigen" habe (Gutachten S. 30), helfen dabei, das unausgesprochene Verfassungsverständnis der Koordinationslehre freizulegen.

² Auf normativer Ebene kann es sich nicht um die bloße Anwendung des Verfassungstextes, seine Umsetzung in die politische Praxis, nicht um die Verwirklichung einfachen Gesetzesrechts auf dem Gebiet des Verfassungsrechts (durch Transformations- oder Vertragsgesetze) handeln; ebenso wenig kann damit das äußere Erscheinungsbild von Verfassungsgewohnheitsrecht, von konkretisierten naturrechtlichen Prinzipien oder allgemeinen Rechtsgrundsätzen gemeint sein. - Alle diese Möglichkeiten sind bereits ergebnislos erörtert und scheiden daher aus.

Verfassungswirklichkeit in dem hier verwendeten Sinn ist vielmehr derjenige Ausschnitt aus der staatskirchenpolitischen Wirklichkeit, auf den die Kirchen aufgrund ihrer gewachsenen Macht nicht unerheblichen Einfluß nehmen, bei dessen Ordnung sie dem Staat Rücksichtnahme abnötigen oder den sie selbst maßgeblich gestalten können. Es ist mit anderen Worten die tatsächliche Machtlage, die das Verfassungsgesetz nicht zum Ausdruck bringt, der es aber an sich hätte Ausdruck verleihen müssen, um seiner Aufgabe gerecht zu werden: der authentischen Festlegung und Organisation der als politisch relevant anerkannten Kräfte¹.

Insoweit das Verfassungsgesetz gemessen an dieser Aufgabe unvollständig und damit unrichtig geworden ist, wird es durch die Verfassungswirklichkeit ergänzt und korrigiert. Verfassungstext und Verfassungswirklichkeit werden mithin als zusammengehörig angesehen, als zwei Komplemente, aus denen die (Gesamt-) Verfassung gebildet wird².

Damit ist unausgesprochen nicht nur die verfassungsschöpferische Kraft der Verfassungswirklichkeit behauptet, sondern darüber hinaus ihre Fähigkeit, das Verfassungsgesetz zu verdrängen.

Es erscheint zweckmäßig, diese These für die weitere Untersuchung in zwei Fragen aufzulösen:

¹ Dieses Verfassungsverständnis tritt deutlich bei Fuß, DÖV 1961, 736 und vor allem Grundmann, Informationsblatt 1961, 104; BayVBl. 1962, 37; JZ 1966, 81 hervor. Auf die durchgängige Parallele in der Argumentation Herbert Krügers, Gutachten, S.28 f., sei ausdrücklich hingewiesen.- Kritisch zu diesem herkömmlichen Verfassungsverständnis Hennis, Verfassung und Verfassungswirklichkeit, S.16 ff.

² Vgl. Krüger, Gutachten, S.28 ff.; Ritter, Der Staat 1968, 354. Eine Parallele hierzu findet sich bei Carl Schmitt. Die für seine Verfassungslehre so elementare Unterscheidung zwischen Verfassung und Verfassungsgesetz würde ihn dazu führen, neben der Textinterpretation eine Interpretation der verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen zu fordern und diese jener überzuordnen; s. vor allem "Legalität und Legitimität", München-Leipzig 1932.

1. Kommt der Verfassungswirklichkeit überhaupt normativer Gehalt zu?
2. Welches Maß an Erheblichkeit besitzt diese Normativität gegenüber dem Verfassungsgesetz?

2. Die Verfassungswirklichkeit als Rechtsquelle

a. Die Lehre von der "normativen Kraft des Faktischen"

Entgegen dem ersten Eindruck bietet die Lehre Georg Jellineks, die in mißverständlicher Verkürzung die Lehre von der normativen Kraft des Faktischen genannt wird, keine Lösung. Sie betrifft nicht das Problem der Rechtsquellen im juristisch-technischen Sinn: sie will nichts darüber aussagen, was Erkenntnisgrund für etwas als positives Recht ist, sondern wie sich Recht bildet und warum etwas als Recht anerkannt wird¹.

Jellineks Erkenntnis "der allgemeinen psychischen Eigenschaft, welche das sich stets wiederholende Faktische als das Normale ansieht", hebt einen wesentlichen Faktor der Rechtsbildung ins Bewußtsein². Denn daß die Vorstel-

¹ Das wird in der Literatur vielfach verkannt, z.B. von Maunz, Staatsrecht, S.61; BayVBl. 1969, 3 und Quaritsch, Der Staat, 1962, 302.

² Nicht den reinen Tatsachen, sondern der Stellungnahme der Menschen zu ihnen spricht Jellinek normative Kraft zu, Staatslehre, S.337 ff. Er geht von der Beobachtung aus, daß der Mensch im täglichen Leben seine ständige Umgebung, Wahrnehmung und Übung nicht nur als Faktum wertet, sondern auch als Beurteilungsnorm anwendet, an der er Abweichendes prüft und mit der er Fremdes richtet. Das was in einem bestimmten Volk, in einem bestimmten Gesellschaftskreis tatsächlich gelte, erhebe immer zugleich auch normativen Anspruch, so die Mode, die gesellschaftlichen Sitten, die Anstandsvorschriften (338). Ebenso sei die Entstehung des Rechts zu erklären. Alles Recht in einem Volk sei ursprünglich nichts als faktische Übung. Die fortdauernde Übung erzeuge die Vorstellung des Normmäßigen dieser Übung: die Norm erscheine schließlich als autoritäres Gebot des Gemeinwesens, also als Rechtsnorm. Dadurch lasse sich auch das Problem des Gewohnheitsrechts lösen (339). Vgl. auch Theodor Geiger, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, Ausg. Neuwied/Berlin 1964, S.92 ff., 114 ff.

lungen, an denen die Menschen ihr Verhalten orientieren, ausschließlich von der Sittlichkeit, der Religion und der Gerechtigkeit geprägt werden, läßt sich schlechterdings nicht aufrechterhalten: Wohl ebensosehr werden sie von der Überzeugung beeinflusst, das Normale sei auch das Richtige.

Mit dieser Einsicht hat Jellinek einen wichtigen Beitrag zu den Voraussetzungen und Ursachen der Entstehung von Rechtsordnungen geleistet - einem Fragenkreis der zur Lehre von den Rechtserzeugungs- oder -entstehungsquellen gehört¹. Für die Frage nach der Existenz einer Rechtsquelle im juristisch-technischen Sinne vermag die Lehre von der "Überzeugung von dem Faktischen als dem Normativen"² nichts herzugeben³.

b. Die "Verfassungswirklichkeit" in der Verfassungslehre

Der Ausdruck Verfassungswirklichkeit ist in der Verfassungslehre durchaus geläufig. Im engen Sinn wird darunter die Verwirklichung der Verfassung durch die politische Praxis verstanden⁴, im weiten Sinn die gesamte politisch - soziale Wirklichkeit, der "tatsächliche Verfassungszustand"⁵.

¹ Zum Unterschied zwischen den Rechtsquellenbegriffen s. Liver, Der Begriff der Rechtsquelle S. 4 ff. und Menger, Bogs-Festschrift S. 90 ff.

² Jellinek, Staatslehre S. 343.

³ Jellinek selbst sieht auch seine Lehre in anderem Zusammenhang, nämlich in Verbindung mit den Theorien, die das "Entstehen und Wirken" des öffentlichen Rechts verständlich machen wollen, Staatslehre S. 341.

⁴ So etwa Badura, EvStL, 2352; Hesse, Grundzüge S. 17; Maunz, Staatsrecht S. 60

⁵ So etwa Hsü Dau-Lin, Verfassungswandlung S. 18; ähnlich Maunz, BayVBl. 1969, 1. Weitere Literaturangaben zum Begriffspaar Verfassung - Verfassungswirklichkeit bei Hennis, Verfassung und Verfassungswirklichkeit S. 6 FN 2 und Ronneberger, Der Staat 1968, 420 FN 29.

Daß Verfassung und Verfassungswirklichkeit (in beiderlei Sinn) häufig oder gar prinzipiell auseinanderfallen, ergibt sich aus der Eigenart des Verfassungsrechts. Seine Aufgabe besteht darin, die kaum zu überblickende Vielfalt des tatsächlichen politischen Wollens und Handelns im Staate nach allgemeinen Prinzipien zu ordnen und auf bestimmte Ziele hin auszurichten. Würde sich der politische Prozeß selbsttätig regulieren und in die gewünschte Richtung entwickeln, wären entsprechende rechtliche Normierungen überflüssig; da dies erfahrungsgemäß nicht so ist, sind sie unentbehrlich.

Das demnach unausweichliche Spannungsverhältnis zwischen rechtlicher und wirklicher Verfassung wird in der Staatsrechtswissenschaft weithin für das zentrale Thema gehalten¹. Man führt es fast durchweg auf die herkömmliche Dichotomie von Sein und Sollen, Normativität und Existenzialität zurück². Dieses Denkschema, konstatiert Ernst-Wolfgang Böckenförde, ist im Bereich der Verfassungstheorie für viele Juristen nachgerade zum Axiom geworden³.

Für die Verfassungswirklichkeit hat das die strenge Unterordnung unter die Verfassung zur Folge. Denn innerhalb des Beziehungsfeldes von Sein und Sollen ist das Sein, die Wirklichkeit, definitionsgemäß festgelegt auf das rein Tatsächliche, das aus sich heraus keine Normativität her-

¹ Z.B. Ridder, Politische Literatur II, 1953, S.353 f.

² Man geht wohl kaum fehl, wenn man mit Hennis, Verfassung und Verfassungswirklichkeit, S.24 ff., die Wurzeln dieses "deutschen Denkstils" in der kantischen Philosophie ortet.

³ ZgesStW 1962, 174.

vorbringen kann. Andererseits ist das Sollen definitionsgemäß von allem Seienden unabhängig, tritt ihm als Gestaltungsprinzip, Auftrag oder Befehl gegenüber und "zwingt es unter sein Gesetz"¹.

c. Kritik der Überhöhung des Spannungsverhältnisses von rechtlicher und wirklicher Verfassung durch den Dualismus von Sollen und Sein

Das Bild der Wirklichkeit, zu dem diese Betrachtungsweise führt, wird zwar einem methodischen Postulat gerecht, aber nicht den wirklichen Gegebenheiten. Es wird verkannt, daß das Verfassungsrecht zwar normative Ordnung ist, aber eine solche, die tatsächlich wirksam werden, die positiv gelten will; denn nur so kann es seinen Sinn und seine Aufgabe erfüllen, Ordnung, Ausgleich und Gerechtigkeit im Leben der Menschen herzustellen und zu erhalten².

Natürlich stellt das GG an seinen "utopischen Rändern" Zielvorstellungen auf, in denen eine bessere, vollkommener, als menschenwürdiger und lebenswerter vorgestellte Ordnung anvisiert wird (z.B. Gleichberechtigung der Frau, Gleichstellung der unehelichen Kinder, das Rechts- und Sozialstaatsprinzip). Der gegenwärtige soziale Zustand tritt zwangsläufig zunächst in Gegensatz dazu, es ent-

¹ Vgl. Böckenförde, a.a.O.; s. auch Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, S. 5 ff., 215 ff.

² Vgl. Böckenförde, ZgesStW 1962, 173 f.

steht eine soziologische Differenz¹. Dieser Gegensatz wird aber von der Verfassungslehre nur beschrieben und nicht überwunden, wenn sie in Deskriptionen und Analysen die politische Praxis unvermittelt der reinen, von materialer Beimengung freien Norm (Kant) gegenüberstellt². Indem die politische Praxis solchermaßen distanziert, ja argwöhnisch unter dem Gesichtspunkt ihrer Vereinbarkeit mit der Verfassung beobachtet wird, wird sie von dieser isoliert, statt auf sie ausgerichtet³. Eine doppelte Gefahr wird damit heraufbeschworen: die Verfassungslehre droht auf der einen Seite in eine selbstzerstörende scholastische Abkapselung gegenüber den Forderungen der politischen Realität zu geraten; die Verfassung wird zum idealen Postulat hochstilisiert, vermag sich in der Luft idealer Geltung nicht mehr auf den real gegebenen

¹ In der Rechtssoziologie bezeichnet man damit einen Widerspruch zwischen gesellschaftlichen Verhältnissen und dem hierauf bezogenen geltenden Recht. Eine soziologische Differenz besteht also in einer Nichtübereinstimmung zwischen dem, was als Recht faktisch in einer Gesellschaft gelebt wird und dem, was normativ als Recht für diese Gesellschaft gesetzt ist, vgl. Maihofer, Jahrbuch f. Rechtssoziologie 1970, S. 9.

² Beispielhaft: Leibholz, Repräsentation S. 249 ff. und Strukturprobleme S. 277 ff.; W. Weber, Spannungen und Kräfte. Weitere Nachweise bei Hennis, Verfassung und Verfassungswirklichkeit S. 13, Ronneberger, Der Staat 1968, 420 FN 29 und Lerche, DVBl. 1961, 694 FN 47. Lerche, a.a.O. S. 695 weist zutreffend darauf hin, daß in der herrschenden Lehre eine eigentümliche Überschätzung des "Ziels" gegenüber dem "Verfahren" samt einschaltbarer Zwischenglieder zum Ausdruck kommt.

³ Hier wirkt die positivistische Vorstellung nach, die Norm sei etwas "Ruhendes", die starre Elle eines unverbrüchlichen Maßstabs, ein fertig vorgegebener Wille, der auf die jeweils vorgefundene Wirklichkeit angewendet werde; die Norm wird als ein im Ursprung "sachleerer" Befehl verstanden, der auf dem Umweg über menschliches Verhalten "rechtsleere" Sachen erfaßt, vgl. Denninger, AÖR 94, 337. Vgl. auch Friedrich Müller, Normstruktur und Normativität, S. 77 ff., der sich von seiner hermeneutischen Normauffassung aus ausführlich mit der Trennung von Sein und Sollen in der Rechtstheorie auseinandersetzt.

homme situé¹ einzustellen und greift ins Leere². Auf der anderen Seite droht die Gefahr der unvermittelten Identifikation von Verfassungsrecht und sozialer Struktur, der Versuch der Inkorporation der sozialen Kräfte in die geschriebene Verfassung. Beide Tendenzen sind in der politischen Diskussion heute unübersehbar³. Die einen treiben politische Propaganda gegen das GG, indem sie den Verfassungsinhalt als starr, rückwärtsgerichtet, überholt, blutleer, als eine Sammlung toter Buchstaben aus ferner Zeit abwerten. Will man ihnen Glauben schenken, so ist es die Verfassungswirklichkeit, die den Fortschritt verbürgt, die Realitäten erkennt und in die Zukunft weist.

Für die anderen bedeutet das GG eine "konkrete Utopie der Freiheitlichkeit", ein "Versprechen, einzulösen durch Revolution", "eine Verheißung". Von dieser Seite aus werden alle radikalen Demokraten aufgerufen, die Verfassung "beim Wort zu nehmen" und durchzusetzen, da sie bisher nicht erfüllt sei⁴.

Abgesehen von den politischen Gefahren, die das Denkschema von Sollen und Sein dadurch erzeugt, daß es den Zusammenhang zwischen dem Normativen und der Wirklichkeit zerschneidet, vermag es auch theoretisch nicht zu überzeugen. Es kann nicht widerspruchsfrei erklären, daß es letztlich immer wieder die Anpassung an die Gegebenheiten der geschichtlichen Situation ist, von der die normierende Wirkung der Verfassung abhängt⁵. Wo die Verfassung den

¹ Vgl. Georges Burdeau, Les Libertés Publiques, 1961, S.20 ff.: die "liberté-autonomie" ist im Niedergang begriffen, an ihre Stelle tritt der "homme situé".

² Kritisch hierzu Lerche, DVBL.1961, 695. Deutlichen Ausdruck findet dieses Denken in einer Sprachschöpfung von Maunz, BayVBl.1969, 3, der verfassungswidrige Verfassungswirklichkeit als "Verfassungsunwirklichkeit" bezeichnet.

³ Mayer-Maly (Leistungsdifferenzierung und Tarifbegrenzung, in Betriebs-Berater 1966, 1067) hat sie auf die Formel gebracht, Normativismus stehe gegen ein Denken aus der Rechtswirklichkeit.

⁴ Vgl. Maunz, BayVBl. 1969, 1 und Hennis, Verfassung und Verfassungswirklichkeit, S.5 u.21 f. mit Stellenangaben u. wN.

⁵ Zu den außerrechtlichen Voraussetzungen als Bedingung für die Realisierungsmöglichkeit der Verfassung vgl. Hesse, Grundzüge, S.18 u. Die normative Kraft der Verfassung, S.9ff.

gesellschaftlichen, politischen oder ökonomischen Entwicklungsstand ignoriert, mangelt es ihr an gestaltender Kraft. Wenn aber die rechtliche Verfassung diese außerrechtlichen Gesetzlichkeiten kontinuierlich in sich aufnehmen muß, um normierende Wirkung zu entfalten, so sind es doch eben diese tatsächlichen Gegebenheiten, die normierende Kraft entwickeln¹.

Diese Ungereimtheit läßt sich nicht dadurch vermeiden, daß man den Dualismus von Norm und Wirklichkeit zu relativieren sucht. Selbst wenn man Sollen und Sein einander "korrelativ zuordnet"², bleibt die Fragestellung doch innerhalb des durch dieses Begriffspaar aufgerichteten Beziehungsfeldes³. Im übrigen sind solche vermittelnde Metaphern ungenau; sie können nicht im einzelnen methodisch nach Voraussetzungen und Grenzen befragt und auf rationalisierbares Handhaben im Geschäft der Konkretisierung reduziert werden und lassen so jedem Interpretationsverfahren Raum⁴.

d. Der normative Gehalt der Verfassungswirklichkeit

Wenn in der Verfassungstheorie die Alternative Recht oder Wirklichkeit weiterhin beharrlich mit der Alternative Sollen oder Sein gleichgesetzt wird, so liegt das letztlich in der Meinung vieler Juristen und insbesondere Rechtsphilosophen begründet, daß es Normen einzig in den Dimensionen des Rechts und der philoso-

¹ Böckenförde, ZgesStW 1962, 173.

² S. die Nachweise bei Friedrich Müller, Normstruktur und Normativität S. 85 FN 239.

³ Böckenförde, ZgesStW 1962, 174.

⁴ Vgl. die Kritik Friedrich Müllers, a.a.O., S. 85 ff.

phischen Ethik, nicht aber auf der Ebene des sozialen Geschehens geben könne¹.

Darin dokumentiert sich eine eigentümliche Blindheit gegenüber den Erkenntnissen der Sozialwissenschaften. Seit Emile Durkheim wird dort der Begriff Gesellschaft als Inbegriff des "geregelten" menschlichen Verhaltens verstanden². Die Gleichförmigkeiten des sozialen Geschehens entstehen nicht aufgrund von sich zufällig wiederholenden Verhaltensweisen; in ihnen drücken sich vielmehr Verhaltensmuster mit Verbindlichkeitsanspruch (soziale Normen) aus. Der Soziologe stellt die Existenz von sozialen Normen fest, wenn er in einem angebbaren sozialkulturellen Zusammenhang (Gruppe, Gebilde, Institution) auf gleichgerichtetes und gleichsinniges Verhalten stößt³. Entscheidend ist, daß an das Verhalten des einzelnen in einem gegebenen Bezugsrahmen bestimmte Erwartungen gestellt werden und diese Erwartungen verbindlich sind. Das ist der Fall, wenn das Abweichen mit bestimmten Sanktionen und das Befolgen mit gewissen Belohnungen bedacht wird. Handelt jemand einer Rechtsnorm zuwider, so löst das staatlich organisierten äußeren Zwang als Sanktionen aus. Die Übertretung sozialer Normen zieht ebenso Sanktionen nach sich, die allerdings verschiedene (nicht staatlich organisierte) Formen annehmen können, vom Lachen bis zur Ächtung⁴.

¹ S. etwa Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 8. Aufl., Stuttgart 1973, S. 93 ff.; vgl. König, Rechtssoziologie, S. 48.

² Vgl. Ritter, Der Staat 1968, 360.

³ Ronneberger, Der Staat 1968, 422; grundlegend Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 4. Aufl., 1. Halbband, Tübingen 1956, S. 14 ff.; vgl. ferner König, Rechtssoziologie, S. 36; Gerd Spittler, Probleme bei der Durchsetzung sozialer Normen, Jahrbuch f. Rechtssoziologie 1970, S. 203 ff.; Rüdiger Lautmann, Wert und Norm, Köln/Opladen 1969, S. 54 ff.

⁴ König, Rechtssoziologie, S. 48 f.

Demnach sind die Normen des Rechts in einen sehr viel größeren Kosmos sozialer Normen eingebettet¹; sie bilden zwar einen wichtigen Bestandteil der sozialen Normen, aber eben nur einen kleinen Teil unter vielen anderen².

¹ Diese legen Status und Rolle der in der Gesellschaft agierenden Personen und Verbände fest. Dabei bezeichnet "Status" die Stellung in der Gesellschaft, die Summe der zugeordneten Befugnisse und Obliegenheiten, während unter "Rolle" die Aktivierung der zugeordneten Befugnisse und Obliegenheiten, der dem Status angemessene Gebrauch verstanden wird; Ritter, Der Staat 1968, 360 mwN. in FN 38.

Dem entspricht es, wenn Hesse, Rechtsschutz S. 28 meint, die Kirchen hätten in der Nachkriegszeit ihren öffentlichen Status nicht nur behauptet, sondern unverkennbar verstärkt. Auch Werner Weber HdSW IX, 754 meint dasselbe, wenn er von der "sozialen Mächtigkeit" der Kirchen und ihrem privilegierten hoheitlichen Status spricht.

² Dieser Erkenntnis hat in der schweizerischen Wissenschaft des öffentlichen Rechts schon Dietrich Schindlers "Verfassungsrecht und soziale Struktur", 3. Aufl. Zürich 1950, zur Anerkennung verholfen. Seine Auffassung über das kompensatorische Verhältnis von Recht und Ambiance (S. 92 ff.) beruht auf der ausdrücklichen Zurückweisung des Irrtums, daß "Recht und Außerrechtliches zwei geschlossene, sich gegenüberstehende Einheiten" seien (S. 70). Er betont die "Verwobenheit" von Normativem und Tatsächlichem innerhalb des sozialen Ganzen und warnt vor dem "geschichtlich bedeutungsvollen Fehler", "das soziale Ganze aufzuteilen in Recht (oder Staat) und Gesellschaft und zwischen diesen beiden Faktoren ... Beziehungen freundlicher oder feindlicher Art festzustellen" (S. 61). Zwar ist das Recht ordnende Macht; aber "auch das Außerrechtliche enthält ordnende oder Ordnung-auflösende Faktoren. Das Außerrechtliche ist gerade insofern für das Recht bedeutungsvoll, als es solche Faktoren aufweist" (S. 70). Aus dem soziologischen Schrifttum s. zu diesem Fragenkreis etwa Erhard Blankenburg, Recht als Kategorie sozialer Verhaltensregelmäßigkeiten, Jahrbuch f. Rechtssoziologie 1970, S. 227 ff. und Maihofer, ebenda S. 11 ff.

Soweit außerrechtliche Normen auf politischem Gebiet Verbindlichkeit beanspruchen, kann man sie von dem großen Kreis sozialer Normen abheben und als politische Normen bezeichnen¹.

Der Verfassungsrechtler hat es also nicht mit dem schlichten Gegensatz von Verfassungsnorm und politischer Wirklichkeit, sondern mit dem Konflikt zwischen rechtlichen und politischen Normen zu tun.

Ist damit die erste Frage nach dem normativen Gehalt der Verfassungswirklichkeit bejaht, so bleibt noch die verfassungsschöpferische Potenz und der Rang dieses Normengefüges zu untersuchen.

e. Das Rangverhältnis zwischen dem verfassungsrechtlichen und dem politischen Normensystem

Wer sich daran macht, das Verhältnis der politischen Normen zum Verfassungsgesetz im Einzelfall zu bestimmen, sieht sich einem Bündel schwieriger Vorfragen gegenübergestellt².

Wieviel Zeit muß verstreichen, bis politische Normen in den Verfassungsrang aufsteigen? Es gibt politische Nor-

¹ Politische Normen berufen sich auf Übereinkunft, Vernünftigkeit, Zweckhaftigkeit. Ihnen kommt ein höherer Bewußtseinsgrad zu als den durch Usancen, Konventionen, Brauch, Sitte, Gewohnheit usw. konstituierten sozialen Normen. Sie bedürfen daher eines höheren Grades intellektueller Rechtfertigung. Auch hinsichtlich der Regelmäßigkeit und Verlässlichkeit der Befolgung sind an politische Normen höhere Ansprüche zu stellen als an soziale Normen, vgl. zu dieser Unterscheidung und Abgrenzung im einzelnen Ronneberger, Der Staat 1968, 422 ff.

² Die folgenden Fragen werden implizit von Ritter, Der Staat 1968, 359 und 365, explizit von Ronneberger, ebenda S. 425 gestellt.

men unterschiedlicher Bedeutung, je nachdem ob sie z.B. politische Grundentscheidungen betreffen oder bloße Verfahrensweisen¹. Wie ist im Einzelfall ihre Verfassungswürdigkeit zu beurteilen? Welche Kriterien stehen zur Verfügung? Ist das Allgemeinwohl maßgeblich, das gemeinsame Interesse, der gemeinsame Nutzen, das rationale Staatsprinzip des Allgemeinen gegenüber dem Besonderen der Gesellschaft? Oder ist das bloße Ergebnis des Machtprozesses entscheidend, der Sieg der stärkeren Interessen? Ist die Rechtswissenschaft imstande, Kriterien zu definieren und aufzufinden? Oder ist das die Aufgabe von Politologen und Soziologen? Welche Instanz ist schließlich berufen, das Verfassungswirkliche maßgeblich festzustellen?

Welche eminenten theoretischen und empirischen Schwierigkeiten damit aufgedeckt werden, wird bereits an einem Aspekt der "Verfassungswirklichkeit" im Staatskirchenrecht der fünfziger Jahre deutlich. Ein unabdingbares Kriterium für die Verfassungswürdigkeit politischer Normen besteht in einer gewissen Beständigkeit der durch sie bewirkten sozialen Veränderungen. Wie verträgt sich damit der in den sechziger Jahren erfolgte Umschlag in der Sozialbedeutung der Kirchen²? Seit dieser Zeit berichten die religionssoziologischen Befunde von einem "Ausrinnen" der Religion aus der Gesellschaft. Es werden "Phänomene der Abständigkeit und des Abfalls breiter Bevölkerungskreise von Kirche und Religion" beobachtet³.

¹ Vgl. hierzu Ronneberger a.a.O.

² Vgl. hierzu Hans Maier, Kirche-Staat-Gesellschaft. Historisch-politische Bemerkungen zu ihrem Verhältnis, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 1 (1967) S. 12 ff. mwN.; s. auch Hollerbach, VVDStRL 26, 64.

³ Maier a.a.O., S. 27.

Das Religiöse selbst wird "in einer bisher nicht erlebten Form reduziert, in seiner Außenwirkung geschwächt, ja teilweise absorbiert" gefunden¹. Aus der "Feminisierung, Verkündung und Vergreisung"² des Pfarrvolkes wird die "Dichotomie von Kirchlichkeit und Industriegesellschaft" herausgelesen³, die die Zukunft von Kirche und Religion in ein ungewisses Dunkel taucht.

Auch im öffentlichen Leben der Bundesrepublik hat in den sechziger Jahren ein Ansehens- und Autoritätsschwund der Kirchen eingesetzt⁴. Es wächst die Neigung zu distanzierender oder gar ablehnender Haltung. Anzeichen dafür sind die Animositäten gegenüber wirklichen oder vermeintlichen Tendenzen zum Klerikalismus, die vermehrt und heftig einsetzenden Angriffe gegen die Kirchensteuer, die gereizte Reaktion auf das päpstliche Rundschreiben zur Geburtenkontrolle und Empfängnisverhütung. Allenthalben verstärkt sich die Tendenz zur bewußt kritischen Distanzierung gegenüber den Kirchen und zur strengen Scheidung von staatlichem und kirchlichem Bereich.

Die Staatskirchenrechtslehre der fünfziger Jahre hat diese langfristige Entwicklung nicht erkannt und im voreiligen Rückschluß aus der unklaren Übergangssituation der Nachkriegszeit etwas für dauerhaft gehalten, was nur ein vorübergehender Pendelausschlag war. Ist es nun deshalb gerechtfertigt, der tatsächlich erheblichen Machtposition der Kirchen in jener Zeit die Qualität

¹ Maier a.a.O., S.27.

² Maier a.a.O., S. 29.

³ Maier a.a.O., S. 28

⁴ Vgl. Hesse, ZevKR 11, 339 ff.

einer "Verfassungswirklichkeit" abzusprechen? Oder reicht die kontinuierliche, unangefochtene Geltung politischer Normen während einer Zeitspanne von zehn bis fünfzehn Jahren aus, um zur "Verfassungswirklichkeit" heranzuwachsen? Wenn ja, bildet sich dann heute vielleicht eine neue Verfassungswirklichkeit im Sinne strengerer Trennung von Kirche und Staat aus, hat sie sich gar schon entwickelt?

Die Fragen führen auf die grundlegende Problematik der Verfassungswirklichkeit als Rechtsquelle hin¹.

Ordnung und Maß, Berechenbarkeit und Kontrollierbarkeit sind Wesensbestandteile des modernen Rechts. Sie sind das Ergebnis eines jahrhundertelangen Rationalisierungsprozesses, den die Rechtssoziologen aufgedeckt und beschrieben haben². Die Rationalität des Rechts hat als Forderung im Rechtsstaatsbegriff des GG Eingang gefunden; denn Rechtsstaat heißt in erster Linie Primat des Rechts im staatlichen Leben³. Damit ist nichts anderes als substantielle Rationalität gefordert: "Dem staatlichen Leben sollen Verstehbarkeit, Geformtheit, Übersichtlichkeit, Klarheit eigen sein; es soll auf gedanklicher Bewältigung beruhen; es soll nicht vom Unbewußten, Irrationalen, Ungeformten, von Wünschen, Trieben, Leidenschaften oder Gefühlen beherrscht sein, sondern von bewußten, geformten, durch die Vernunft erfaßbaren Regeln, Grundsätzen und Gedanken"⁴. Das spezifische

¹ Vgl. hierzu Ritter, Der Staat 1968, 365 ff.

² Zuerst Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 2. Halbband, Tübingen 1956, S. 468 ff.; aus jüngster Zeit s. Maihofer, Jahrbuch f. Rechtssoziologie 1970, 33 ff. und Luhmann, ebenda S. 180 ff.

³ Hesse, Smend-Festgabe S. 75.

⁴ Hesse, a.a.O., S. 74.

Mittel zur Verwirklichung des Rechtsstaatsprinzips ist das gesetzte Recht. Wenn das gesetzte Recht und namentlich das Verfassungsgesetz auch nicht die einzige Form rationaler Ordnung ist¹, so ist es doch für ihren Kernbereich unentbehrlich: es steckt die persönlichen Freiheitsrechte des Bürgers klar und sicher ab, macht im politischen Bereich die Einheitsbildung und das staatliche Wirken einsehbar und verstehbar und ermöglicht so bewußte Teilnahme, Stellungnahme und Kontrolle. Deshalb ist Rechtsstaat in erster Linie Gesetzesstaat².

Die Annahme einer verfassungsverdrängenden Potenz politischer Normen würde einen Schritt zurück hinter den Rechtsstaat bedeuten und den Rationalisierungsprozeß der letzten zwei Jahrhunderte in Frage stellen. Denn der Verfassungswirklichkeit eignet eben nicht jener Grad von Rationalität, von Rechtsklarheit und Rechtsgewißheit, den das Gesetz auszeichnet. Das Verfassungsgesetz hat seine Auswirkungen und Rückwirkungen auf alle Rechtsgenossen in Rechnung zu stellen. Es steht daher dem Gemeinwohl sehr viel näher als das politische Handeln, das sich in erster Linie an dem orientiert, was der jeweils handelnden Person, Gruppe, Schicht zur Erreichung ihrer Interessen nützlich oder zweckmäßig erscheint. Einzel- oder Gruppeninteressen können schwan-ken oder im Konflikt mit anderen Interessen zurückgedrängt werden. Das Ringen der divergierenden politischen Normen ist wechsellvoll; das Kräftefeld ist oftmals schwer durchschaubar, der Ausgang kaum berechenbar.

¹ Auch das Präjudizienrecht und das Gewohnheitsrecht erfüllen die Anforderung an ein rationales Ordnungsinstrument, vgl. Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S.200.

² Hesse, Smend-Festgabe, S.74; s.ferner Müller, Normstruktur und Normativität, S.155 ff.

Diese Unsicherheiten machen die klärende und stabilisierende Funktion des geschriebenen Rechts im demokratischen Rechtsstaat unersetzlich¹. Durch die verbindliche Festlegung der staatlichen Gesamtordnung in ihren Grundzügen werden die Grundlagen des Gemeinwesens dem ständigen Kampf der Gruppen und Richtungen entzogen. Es entsteht ein fester Bestand von Regeln, die nicht mehr in Frage gestellt werden können und die daher keiner neuen Verständigung und Entscheidung mehr bedürfen². Hierdurch treten der staatliche Aufbau und die Verfahrensweise, wie Konflikte zu bewältigen sind, politische Einheitsbildung sich vollzieht und staatliche Organe zu entscheiden haben, von vornherein außer Streit. Die dadurch erreichte stabilisierende und integrierende Wirkung für das Leben der staatlichen Gemeinschaft³ geht verloren, wenn man die Verfassungswirklichkeit als Rechtsquelle mit verfassungsrechtsändernder Fähigkeit einsetzt. Einschränkungen durch staatliche Gesetze nimmt der Bürger hin, weil er mittelbar durch das von ihm gewählte Parlament an der Abfassung mitwirkt: er regiert sich selbst. Demgegenüber wird er Regelungen nichtstaatlicher Normgeber mißtrauisch gegenüberstehen und sich auf seine persönliche Freiheit berufen. Denn der politische Kampf von Interessen, Mächten und Meinungen ist darauf beschränkt, Mehrheiten zu ermitteln: um die durch Sieg und Niederlage getrennten Gruppen wieder zusammenzuführen und zu versöhnen, fehlt ihm die friedens- und einheitsstiftende Kraft⁴.

¹ Vgl. Friedrich Müller, Normstruktur und Normativität, S.155.

² Vgl. Hesse, Grundzüge, S.13.

³ Vgl. hierzu Bäumlin, Staat, Recht und Geschichte, Zürich 1961, S.43; Krüger, Staatslehre, S.197 ff., 539 ff.

⁴ Vgl. hierzu Meyer-Cording, Die Rechtsnorm, S.42; Hans Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl., Tübingen 1929, S.56 ff., 65 ff.; Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S.193 f.

Ein dritter Einwand ergibt sich aus der zukunftsweisen-
den (antizipierenden, programmierenden) Funktion des
Verfassungsrechts. Im Akt der Verfassungsgebung hat sich
der Verfassungsgeber für bestimmte Zielvorstellungen,
für ein Programm entschieden und dies für verbindlich
erklärt¹. Vermöge seines rechtlichen Gestaltungsanspruchs
will das Verfassungsgesetz die politische und soziale
Wirklichkeit nach diesen Zielen ordnen und gestalten.
Das setzt notwendig voraus, daß die politische Wirklichkeit
sich von der Verfassung überhaupt regeln, formen und
lenken läßt. Nur dann kann das Verfassungsgesetz der
verbindliche Entwurf einer besseren Ordnung sein, auf die
hin das politische und soziale Leben zu entwickeln ist².
Wer aber die Verfassungswirklichkeit zur Rechtsquelle er-
hebt, eliminiert die zukunftsgerichteten, programmatischen
Elemente des Verfassungsgesetzes: er verkehrt das korrektur-
bedürftige gegebene Ordnungsgefüge zu einer das gesetzte
Recht korrigierenden Ordnung³.

Stellt man die rechtlichen Normen zur Disposition politi-
scher Normen, wird schließlich der Staat aus seinem
Monopol rechtlicher Normgebung verdrängt. Damit wird
zugleich die staatliche Souveränität nach innen aufgege-
ben. Wenn die Staatsgewalt nicht länger die rechtlich
höchste Gewalt, über allen anderen stehend und keiner
anderen gehorchend darstellt, wenn sie den Gruppen und
Interessen nicht mehr rechtlich übergeordnet ist, ver-
liert sie ihre Autorität und Leistungsfähigkeit und löst

¹ Vgl. Ritter, Der Staat 1968, 367. Seit der Französischen
Revolution enthalten die europäischen Staatsverfassungen
in der Regel Elemente der Um- und Neugestaltung des
sozialen Lebens.

² Vgl. BVerfG Urt.v.17.8.1956, BVerfGE 5,197.

³ Ritter, Der Staat 1968, 367.

sich auf¹.

Gegenüber diesen Einwänden vermag der Hinweis auf den schnellebigen sozialen Wandel, dem eine statisch beharrende Rechtsordnung nicht genügen könne, nicht zu überzeugen. Es ist zwar richtig, daß unsere komplexe, sich dauernd umgestaltende Gesellschaft ein bewegliches Recht, ein "law in action" verlangt². Es trifft auch zu, daß dieses vom Gesetzgeber in absehbarer Zeit nicht zu erwarten ist: er ist durch die "Gesetzesflut" heute schon überlastet und durch die hohe Technizität der Regelungen weitgehend überfordert. Daß bis zur Überwindung dieses technisch-organisatorischen Engpasses³ gleichwohl kein Schaden droht, hat die Rechtsprechung hinlänglich unter Beweis gestellt⁴. Sie trägt durch dynamische Auslegung dem sozialen Wandel Rechnung und kompensiert dadurch die mangelnde Mobilität des Gesetzgebers⁵.

¹ Ausführlich zur "Einzigkeit" der Staatsgewalt Krüger, Staatslehre, S.848 ff.; s.auch Dagtoglou, Artikel Souveränität in EvStL, 1983.

² Dazu Esser, Grundsatz und Norm, S.18 f., 120 FN 65.

³ Überlegungen hierzu bei Luhmann, Jahrbuch f.Rechtssoziologie 1970, 186 ff.

⁴ Zuletzt durch das Urteil des BVerfG zum Unehelichenrecht, s.oben S.86 FN 1 .

⁵ Das Wort vom "Gesetzesstaat zum Richterstaat" (so der Titel einer Schrift von René Marcic, Wien 1957) kommt nicht von ungefähr. Beispielsweise ist das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und namentlich das Arbeitsrecht nahezu ausschließlich durch Richterrecht geregelt, vgl. Meyer-Cording, Die Rechtsnorm, S.63.

Ergebnis

1. Die unter Berufung auf einen angeblichen Bedeutungswandel der Weimarer Kirchenartikel erzielten Ergebnisse der Koordinationslehre lassen sich nicht mit der Inkorporation dieser Vorschriften ins GG begründen. Die neue Umgebung ist für das Verhältnis Staat - Kirche wenig aussagekräftig. Es kommen lediglich die in Artikel 2 und 4 GG verankerten Grundrechte in Betracht. Beides sind aber in erster Linie Individualrechte, aus denen eine "aufgewertete" Stellung der Kirchen im Staat nicht hergeleitet werden kann; sie weisen im Gegenteil "gruppenfeindlichen" Charakter auf.
2. Durch die nach 1949 geschlossenen Staatskirchenverträge wird keine "neue koordinationsrechtliche Ordnung" der Beziehungen zwischen Staat und Kirche eingerichtet. Eine solche inhaltliche Tragweite kommt in den Bestimmungen der Verträge nicht zum Ausdruck. Den Formulierungen der Präambeln fehlt hinreichend normativer Gehalt, um Rechtswert zu besitzen. Die Tatsache des Vertragsschlusses als solche ist unergiebig; sie ist nicht Ausdruck der Koordination als Rechtsprinzip, sondern der Kooperation als Verwaltungsmittel. Überdies stehen Konkordate und Kirchenverträge jedenfalls bei ihrem Abschluß unter Verfassungsvorbehalt.
3. Tatsachen und Entwicklungen aus der Zeit vor 1949 können für eine Neuinterpretation der Weimarer Kirchenartikel nicht herangezogen werden. Sie waren den Schöpfern des GG bekannt, ohne daß diese aus ihnen Schlußfolgerungen gezogen haben. - Das Selbstverständnis der Kirchen ist zudem als Interpretationsmittel nicht verwertbar; das widerspräche dem vom GG an mehreren Stellen ausgesprochenen Gebot strikter konfessioneller Neutralität des Staates.

4. Konrad Hesse mißt dem Akt der Verfassungsschöpfung von 1949 zu geringe Bedeutung bei. Sein (auf der Theorie einer Geltungsfortbildung geschriebenen Verfassungsrechts aufbauendes) Auslegungsverfahren setzt sich über klare Regelungen der inkorporierten Kirchenartikel hinweg und löst sie in "schwebende Deutungsmöglichkeiten" auf. Damit verläßt er den Bereich der Auslegung. Zugleich setzt er sich in Widerspruch zu seinem Ausgangspunkt, wonach das telos eines Verfassungssatzes und sein klarer normierender Wille nicht dem Wandel der Situation zum Opfer gebracht werden dürfen.
5. Ungeschriebenes vorstaatliches Recht wirkt auf das Staat-Kirche-Verhältnis nicht ein. Allgemeine Rechtsgrundsätze sind in diesem Bereich nicht auffindbar. Über die allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze hinausgehende naturrechtliche Vorstellungen sind schon wegen ihrer Vielzahl weder als Rechtsquelle noch als Auslegungsmittel verwertbar. Das Prinzip der Rechtssicherheit verlangt, das Recht auf die Garantie eines "ethischen Minimums" zu beschränken. - Die Berufung auf einen das Staatskirchenrecht betreffenden göttlichen Willen ist, da er nicht auf einem allgemeinen und festgefügteten Wertbewußtsein der Rechtsgenossen gründet, ein Moment undemokratischer Transzendenz.
6. Die Voraussetzungen der Bildung von derogierendem Verfassungsgewohnheitsrecht sind nicht erfüllt: Es fehlt sowohl an der einheitlichen Übung als auch an der erforderlichen Dauer der Übung. Die Rechtsprechung der fünfziger Jahre zum Staatskirchenrecht hat keine inhaltliche Übereinstimmung in den Grundfragen erzielt. Im übrigen können zwölf bis fünfzehn Jahre nicht ausreichen, um verfassungsrechtlich verankerte hoheitliche Befugnisse gewohnheitsrechtlich abzuändern.

7. Die Verfassungswirklichkeit besitzt zwar eine Sollensstruktur; sie vermag jedoch nicht gesetztes Verfassungsrecht zu verdrängen. Das würde der vom Rechtsstaatsprinzip geforderten Rationalität des Rechts widersprechen, das Verfassungsrecht seiner stabilisierenden und integrierenden Wirkung berauben, die Zukunftsziele der Verfassung eliminieren und die staatliche Souveränität nach innen in Frage stellen.

Der Begriff des Bedeutungswandels von Rechtsnormen droht durch die unterschiedliche Verwendung in der Staatskirchenrechtslehre der fünfziger Jahre zur Leerformel abzusinken, die vom jeweiligen Interpreten mit verschiedenem Inhalt gefüllt werden kann. Er ist auf seinen engen Sinn und seine Funktion im Rahmen der Auslegung zu beschränken, wenn er nicht seinen Platz in der juristischen Terminologie verlieren soll.

Lebenslauf

Am 16. Februar 1944 wurde ich als Sohn des Hubertus Schwegmann und seiner Ehefrau Agnes, geb. Upmeyer in Melle geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit. Von 1950 bis 1954 besuchte ich die katholische Volksschule und anschließend das Neusprachliche Gymnasium Melle. Dort legte ich am 20. Februar 1963 die Reifeprüfung ab.

Von 1963 bis 1967 studierte ich an den Universitäten Freiburg i.Br. und Münster Rechtswissenschaften. Am 17. Februar 1968 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung.

Danach trat ich in den juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Nordrhein-Westfalen ein. Am 16. Juli 1973 legte ich vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf die zweite juristische Staatsprüfung ab.

Seit dem 1. August 1973 bin ich als wissenschaftlicher Assistent an der Universität Göttingen tätig.

